Zeitschrift

für

deutsches Recht

und

deutsche Rechtswissenschaft.

In Verbindung mit vielen Gelehrten

herausgegeben

von

Beseler, Reyscher und Stobbe.

Siebenzehnter Band.



Tübingen,

Verlag und Druck von L. Fr. Fues.

1857.

Inhalt des siebenzehnten Bandes.

I.

Die Klagbarkeit der Nebenforderungen

von

Reyscher.

---

§. 1.

In Gensler's Diktaten [1]) zu Martin's gemeinem bürgerlichen Prozesse ist gesagt:

„Manche Nebengesuche lassen sich als eigene Klage betrachten, z. B. vertragsmäßige Zinse; andere sind nur eine pars und eine Rechtsfolge der Hauptklage, begründen sich nur durch deren factum und können daher nur mit dieser gefordert werden, z. B. usurae morae, die Früchte vom Besitzer u. s. w. Die Accessionen der letztern Art sind es nun, welche als verzichtet angesehen werden, wenn sie nicht zugleich mit der Hauptklage gefordert werden, oder wenn sie der Richter in dem Erkenntnisse mit Stillschweigen übergeht und der Kläger dieß rechtskräftig werden läßt. Ex officio darf sie daher der Richter nicht zuerkennen, dieß wäre ultra petitum nach der Verhandlungsmaxime."

Martin selbst bemerkt in seinen vor Kurzem erschienenen Vorlesungen [2]):

„Neben der Verurtheilung des Beklagten in der Hauptsache ist die Klage zugleich auf Erlangung aller Accessionen derselben auf die Früchte, die Zinsen, so weit sie nicht als versprochene mittelst einer selbständigen Klage verfolgt werden

1) Herausgegeben von Guyet. Heidelberg 1825. §. 87. Vgl. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. I. S. 381 Note.

2) Vorlesungen über die Theorie des gemeinen bürgerlichen Prozesses, herausgegeben vom Sohne Theodor Martin Bd. I. Leipz. 1855. §. 90.

können, und auf die Prozeßkosten oder den Schadenersatz für die verweigerte Anerkennung des Rechts gerichtet. Accessionen der Art können durch eine besondere Klage nicht gefordert werden, und sind daher vom Richter auch ohne besondere Bitte dem Sieger zuzuerkennen; schweigt daher das Urtheil darüber und geht so in Rechtskraft über, dann sind dieselben als aberkannt zu betrachten."

Diese Ansichten stehen nur insofern unter sich im Widerspruch, als Martin annimmt, der Richter habe von Amtswegen die Nebenforderungen an Früchten, gesetzlichen Zinsen, Kosten und Schäden in sein Urtheil einzuschließen [3]), während Gensler und andere neuere Prozessualisten [4]) davon ausgehen: der Richter sei nicht verpflichtet, ja er sei nicht berechtigt, auf jene Accessorien zu erkennen, außer wenn die Klage darauf gerichtet gewesen.

Die erste Frage ist jedoch immer diese: kann das Nebenrecht von dem Hauptrechte getrennt, kann dasselbe auch für sich eingeklagt werden? Diese Trennung kann nothwendig seyn, wie z. B. wenn die Hauptforderung selbst nicht bestritten ist, wohl aber die Nebenforderung. Sie kann aber auch einfach zweckmäßig erscheinen, weil die Entscheidung über den Bestand des Hauptrechts präjudiciell ist für die daraus fließenden Ansprüche auf Früchte, Zinsen u. s. w. Ein Fall dieser Art ist folgender: Die Gemeinde D. klagte gegen die Gemeinde N. auf Anerkennung mehrerer Walddienstbarkeiten (Waide, wildes Obst, Mast) und, nachdem sie in diesem Streit obgesiegt hatte, forderte sie Ersatz für die durch mehrjährige verweigerte Anerkennung ihr entgangenen Nutzungen. Es war nämlich weder das Entschädigungsgesuch mit dem Hauptgesuche, der actio confessoria, verbunden (was allerdings zuläßig gewesen wäre), noch auch vom Richter ex officio auf Ersatz der entgangenen Nutzungen erkannt worden, vielmehr hatte die Klägerin ihren Ersatzanspruch ausgesetzt auf das Schicksal der Hauptklage, und nun, nachdem sie mit dieser durchgedrungen war, hoffte sie um so gewisser mit jenem

3) Derselben Ansicht ist W. H. Puchta, über die gerichtlichen Klagen §. 73. Brackenhoeft, Erörterungen S. 415. 416.

4) Heffter, Civilproceß S. 231. 232. Bayer, Vorträge S. 218. Schmid, Handbuch des Civilprocesses Th. 2. §. 95. Note 25. Vgl. Linde, Civilproceß §. 153. Note 4—7.

Nebenanspruch aufzukommen. Das Gericht wies jedoch die neue Klage ab, weil (man vergl. oben die Gensler'sche Ansicht) der Schadensersatz ein Theil und eine Rechtsfolge der früher angestellten Hauptklage sei, sich nur durch deren Faktum begründe, also (?) auch nur mit dieser Hauptklage hätte eingeklagt werden können. Von dem Gericht zweiter Instanz wurde die Einrede des geendigten Rechtsstreits, welche der Unterrichter auf diese Weise von Amtswegen supplirt hatte, verworfen, und zwar aus folgenden Gründen: es könne stark bezweifelt werden, ob die jetzt angestellte Ersatzklage eine Wiederholung der früheren konfessorischen Klage sei, und ob sie nicht vielmehr eine ganz andere, neben jener bestehende und auf einem selbständigen Fundamente bestehende Klage sei. Wie bei den deutschrechtlichen Reallasten genau zwei Klagen, die eine auf Geltendmachung des Rechts selbst, die andere auf die einzelnen, jährlich fällig werdenden Leistungen unterschieden werden, so werde auch bei den römischrechtlichen Servituten, von denen es sich hier zunächst handle, neben der dinglichen Hauptklage eine Klage für einen besondern Anspruch, der mit der Klage auf Anerkennung der Gerechtigkeit nicht zusammenfalle, anerkannt, wie dieß in l. 6. §. 2. D. si serv. vindicetur (8, 5) in Beziehung auf die servitus oneris ferendi ausdrücklich geschehe. Man könnte bei vertragsmäßiger Bestellung von Servituten, wenigstens gegen den ersten Contrahenten, auf Schadensersatz wegen Verweigerung der Ausübung mit der Contraktsklage auftreten, die jedenfalls auch eine andere sei, als die dingliche; im vorliegenden Fall aber lasse sich durch weitere Verhandlung (?) vielleicht auf einen Vertrag zurückkommen. Wenn man aber auch dahin gestellt seyn lassen wolle, ob die Ersatzklage eine ihrem innern Wesen und ihrer tieferen Begründung nach (von der dinglichen) ganz verschiedene Klage sei, so gebe doch auch das römische Recht schon ausnahmsweise die dingliche Hauptklage zur Geltendmachung von Nebenforderungen, wenn man auch schon in den Besitz und Genuß der Hauptsache gekommen sei (l. 27. D. 46. 3., l. 131. §. 1. D. 45, 1., l. 5. pr. D. 19, 1., l. 66. §. 6. D. de legat II. Doujat bei Theophilus, Ausg. von Reitz II. p. 1222—1226. §. 17—19). Dieser Klage stehe auch die exceptio rei judicatae weder in ihrer positiven, noch in ihrer negativen Funktion entgegen. Dieß wird nun nach Anleitung von Keller's Litiskontestation S. 197 ff. Gajus instit. IV. §. 105—108

des Näheren ausgeführt und behauptet, diejenigen Stellen, auf welche sich die Prozeßlehrer Martin und Linde beziehen, sprechen fast durchgängig von dem Fall, wo der Kläger mit seiner ersten Klage abgewiesen worden sei (?), wo also die exceptio rei judicatae in ihrer positiven Funktion Platz greife, m. a. W. wo der Inhalt des Urtheils mit der neuen Klage im Widerspruche stehe. Wie könne man aber ein stillschweigendes Aberkennen der Zubehörden annehmen, wenn wie hier der Kläger in allen Theilen obsiegt? Jedenfalls liege, abgesehen von den Verzugszinsen, auf welche der Richter von Amtswegen zu erkennen habe, ein besonderes Gesetz und sichere Resultate der Auslegung aus den verschiedenen Pandektenstellen nicht vor, die einen ausnahmsweisen, nicht in der Natur des Rechts selbst liegenden Erlöschungsgrund rechtfertigen könnten. Endlich passe der Grundsatz der Prozeßlehrer, daß mit der Hauptsache auch die Nebenforderungen eingeklagt werden müßten, nicht auf den vorliegenden Fall, denn es handle sich hier nicht eigentlich von Zubehörden, sondern von dem Surrogat der Hauptsache, das aus der Vergangenheit noch im Rückstande sei.

Außer diesen Gründen wird nebenbei ein weiterer geltend gemacht, welcher alle anderen überflüssig zu machen scheint: das römische Klagesystem sei in seiner formellen Begrenzung in Deutschland nicht recipirt, vielmehr habe man hier jedem abgesonderten, thatsächlich eigenthümlich begründeten Anspruche seine besondere Klage niemals (?) versagt.

Das Letztere ist zwar nicht richtig, indem die Praxis stets schwankend geblieben ist. Doch wird sich auch kaum in Beziehung auf Verzugszinsen und Prozeßkosten (s. unten), geschweige in Hinsicht auf andere Nebenforderungen eine Uebereinstimmung der Schriftsteller oder eine konstante Gewohnheit gegen ihre abgesonderte Klagbarkeit darthun lassen. Hat ja doch Kierulff[5]) für das heutige Recht den allgemeinen Satz aufgestellt, daß wenn die eine Klage auf ein individuell bestimmtes Objekt durchgesetzt sei, die andere doch noch auf Leistung des Interesse, als auf ein anderes Objekt, gerichtet werden könne. Käme es blos auf das äußere Objekt an, so wäre unsere Frage bald gelöst: denn die Neben=

5) Theorie des gem. Civilrechts Bd. I. S. 266 — 268.

forderung geht überall auf ein anderes oder weiteres Objekt als die Hauptklage. Auch die qualitative Verschiedenheit des Klagegegenstands kann nicht wohl entscheiden. Hiernach würde z. B. neben der Eigenthumsklage eine besondere Klage auf Früchte und Schadensersatz schon deßhalb zuzulassen sein, weil die Hauptklage, die Vindikation, auf eine ganz andere Substanz, auf ein Grundstück, gerichtet ist? In obigem Fall wäre dagegen die Nachklage auszuschließen, weil das Hauptrecht selbst, die Waide, die Mastgerechtigkeit, sich eben darstellt in jenen wiederkehrenden Nutzungen von Gras und wilden Früchten, für deren zeitweise Entziehung Ersatz begehrt wird. Selbst der Umstand, worauf Gensler (Note 1) und mit ihm das Untergericht abheben, die Einheit des thatsächlichen Grundes, hebt getrennte Klagen nicht auf. So kann nach römischem Recht wegen Diebstahls mit der condictio furtiva auf Wiedererstattung der Sache cum omni causa, und außerdem noch mit der actio furti auf Strafe geklagt werden; dagegen wird den jetzt sogenannten usurae legales im Gegensatz zu den paktirten und testamentarischen Zinsen die Klagbarkeit abgesprochen, ungeachtet ihres faktischen Grundes (z. B. Vorenthaltung der Sache, Verzug), welcher in dem thatsächlichen Fundamente des Hauptrechts noch nicht enthalten ist. Wenn auch jetzt noch fast alle Schriftsteller eine abgesonderte Geltendmachung einzelner Forderungen nicht zugestehen[6], welche einem anderen, persönlichen oder dinglichen, Hauptrechte als Nebenrechte sich anschließen, aus diesem (Früchte, Zinse) oder durch dasselbe (Kosten, Schäden) erwachsen sind, so kann dieß nicht in der accessorischen Natur jener Rechte liegen, d. h. darin, daß dieselben überall ein anderes Recht zu ihrer Entstehung nöthig haben (sonst müßte auch die Pfandklage, die Bürgschaftsklage ausgeschlossen sein); es beruht vielmehr auf besonderen positiven Bestimmungen des römischen Rechts, welche als auch bei uns anwendbar vorausgesetzt werden.

§. 2.

Der Grund, warum im römischen Rechte nach gefälltem Urtheil in der Hauptsache eine neue besondere Klage auf Verzugs-

6) Glück, Pand.-Kommentar Bd. IV. §. 331. Thibaut, Pand. 8. Ausg. §. 177. J. A. Seuffert, Erörterungen einzelner Lehren des röm. Privatrechts 1. Abth. S. 130. Holzschuher, Theorie und Casuistik des Civilrechts Bd. I. S. 284 und die dort Angeff.

und Strafzinse mit der exceptio rei judicatae zurückgewiesen werden konnte, lag darin, weil diese Zinsen nicht eigentlich in obligatione waren, sondern nur als Ausfluß und Anhängsel der eigentlichen Obligation mit dieser in Betracht kamen. Der Richter war verpflichtet (officio judicis continetur), bei Klagen, welche nicht unter der Herrschaft des strictum jus standen (bei den stricti juris actiones z. B. ex mutuo waren Nebenforderungen überhaupt ausgeschlossen), auf solche Erweiterungen der ursprünglichen Schuld von selbst, d. h. ohne durch den Prätor darauf hingewiesen zu sein, Rücksicht zu nehmen und sie, falls er sie gerecht fand, in sein Urtheil einzuschließen. Wurden sie übergangen, so konnten sie nicht weiter gefordert werden [7]). Bei Zinsen, welche auf letztwillige Verfügung (oder vielmehr Erbschaftsantretung auf Grund derselben), Stipulation und in einzelnen Fällen auf pollicitatio und pactum adjectum sich stützten, verhielt es sich anders. Diese konnten, da hier zwei Obligationen waren, die eine wegen der Hauptschuld, die andere wegen der Zinsen, besonders gefordert werden.

Die meisten Rechtsgelehrten nehmen nun auf Grund der römischen Verordnungen an, daß die Zinsen, welche nicht besonders versprochen worden, auch bei uns nicht eigens eingeklagt werden können, und wofern das richterliche Urtheil in der Hauptsache sie nicht zuerkenne, dieselben als aberkannt zu betrachten seien [8]). Man hat zwar letzteres auch wieder auf den Fall beschränken wollen, wenn die Zinsen zuvor mit der Hauptsache eingeklagt worden; dagegen ward aber eingewendet, daß die Klage als stillschweigend auf die Zinsen gerichtet anzusehen und der Richter schuldig sei, den Parteien ihre Gebühr zuzuerkennen, wenn sie schon nicht ausdrücklich darum nachgesucht haben [9]). Daß bei diesen Gründen und Gegen-

7) D. XIX. 1. fr. 49. §. 1. Pretii sorte, licet post moram soluta, usurae peti non possunt, cum hae non sint in obligatione, sed officio judicis praestentur. Vergl. C. IV, 32. const. 13. IV, 34. const. 4. Ueber das officium judicis s. v. Savigny, System des römischen Rechts Bd. IV. S. 188. 464. Wächter, Erörterungen aus dem römischen, deutschen und württembergischen Rechte Heft 2. S. 48.

8) Glück, Pandekten Bd. XXI. S. 62. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik Bd. II. Abth. 2. S. 46. und die von beiden Angef.

9) Stryck, usus mod. ad tit. D. de rei vind. §. 15. Struben, rechtl. Bedenken Th. I. nr. 63.

gründen das Eigenthümliche des römischen Rechts und des römischen Sprachgebrauchs, was keine rationelle Auflösung zuläßt, nicht berücksichtigt worden, ist klar. Nur auf das Verhältniß des judex zum Prätor beziehen sich die Worte: officio judicis continetur. Dieses Verhältniß fällt aber bei uns weg; der Richter ist nicht an die Instruktion eines vorgesetzten Prätor gebunden, er handelt in diesem Sinne durchweg ex officio. Ebensowenig kann man bei uns sagen: gewisse Nebenforderungen z. B. die Verzugs- und Strafzinsen seien nicht in obligatione. „Es ist blos römische Aengstlichkeit, bei uns ist davon kein Gebrauch zu machen" — sagt kurz Westphal [10]). In der That ist nicht einzusehen, warum der wegen Verzugs oder sonstiger widerrechtlicher Handlungen zu leistende Zins bei unsern Gerichten weniger Schutz genießen sollte, als die auf Vertrag oder Testament beruhende Zinsverbindlichkeit. Die eine wie die andere Nebenforderung hat ihren Grund in dem bestehenden Rechte; wo aber das Recht zu einer Forderung wird, da muß auch eine Klage seyn (ubi non deficit jus, non deficit actio). Daß in dem römischen Recht keine Klage gegeben war, kann uns nicht abhalten, sie einzuräumen, da ja auch sonst die Zinsverbindlichkeit in unserem Rechte wesentlich erweitert ist, wie denn dieselbe durch jeden formlosen Vertrag, mit oder ohne Verbindung mit dem Hauptgeschäft begründet wird. Auch die Eigenschaft einer Nebenforderung schließt die besondere Klagbarkeit nicht aus: denn der Vertragszins ist eine Nebenforderung, wie der Verzugszins, und doch können rückständige Vertragszinsen schon nach römischem Recht für sich eingeklagt und nach Aufhebung der Prinzipalschuld nachträglich gefordert werden. Bei den Verzugszinsen war es anders; folgt aber daraus, weil hierin das römische Recht nicht ausdrücklich abgeändert ist, daß dasselbe bei uns gilt und ist an der accessorischen Natur jener Zinse selbst soweit festzuhalten, daß dieselben durch Zahlung der Hauptschuld auch dann verloren gehen, wenn der Gläubiger sie ausdrücklich reservirt und gegen die Vermuthung des Verzichts protestirt hat? [11])

---

10) Westphal, Lehre des gem. Rechts vom Kauf-, Pacht- und Miethkontrakt §. 557.

11) Dieß behauptet unter Anderen C. G. Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2. Abthl. 1. S. 343. Allerdings hat das württ. Obertribunal in

Auch die Früchte und das übrige Interesse sollen nach der gewöhnlichen Ansicht streng accessorisch in dem Sinne sein, daß sie ohne die Hauptsache nicht gefordert werden können, ex officio vom Richter zuerkannt werden müssen, und in Folge eines Urtheils über die Hauptklage, das sie nicht einschließt, von selbst verloren gehen [12]). Doch behaupten auch wieder Einige, daß das officium judicis wegen der Früchte und von der andern Seite wegen des gehabten Aufwands auch mittelst einer besondern Klage angerufen werden könne [13]). Dritte endlich [14]) unterscheiden den bonae und den malae fidei possessor; gegen diesen finde eine besondere Klage Statt: die Vindikation wegen der noch vorhandenen Früchte und eine persönliche Klage (condictio) auf Ersatz der verzehrten und aller derjenigen Früchte, welche der Eigenthümer möglicherweise hätte gewinnen können, während der redliche Besitzer nur die vorhandenen Früchte und auch diese blos dann herauszugeben habe, wenn sie mit der Hauptsache vindicirt werden. Uebrigens erstreckt sich auch nach dieser Ansicht die richterliche Amtspflicht nur auf die nach der Streitbefestigung gezogenen Früchte. In dieser Beziehung stehen sich aber redlicher und unredlicher Besitzer gleich — denn auch jener hat von der Kenntniß des Rechts eines Andern, also spätestens von der Mittheilung der Klage an [15])

---

verschiedenen Fällen sich für diese Ansicht ausgesprochen, s. z. B. Sarwey, Monatschrift Bd. 1. S. 254. Richter, Civilrechtssprüche nr. 13. Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis Bd. 1. nr. 11. Allein gegen die ältere Ansicht s. Lauterbach Coll. Pand. XXVI. 1. §. 31. Hofacker princ. jur. civ. §. 1848. Glück, Pand. Bd. 21. S. 63 und die dort Angef. Mein württ. Privatrecht 2. Aufl. §. 403. Note 12.

12) Hofacker, princ. juris civ. §. 1022.

13) Brunnemann, Comment. ad l. 35. D. VI. 1. nr. 4. Bolley, Betrachtungen über verschiedene Rechtsmaterien S. 20. Note m.

14) Glück, Pand. Bd. 8. S. 299, wo auch noch weitere Literatur.

15) Wächter, Erörterungen Heft 2. S. 87 substituirt der römischen litis contestatio die erste Erklärung des Beklagten auf die Klage, wenn sie auch keine Einlassung, sondern blos eine Einrede enthält, außer wenn der Beklagte auf eine Weise, die sich später wirklich als ungegründet zeigt, die Einlassung verzögert hat. Doch macht er S. 106 f. eine Ausnahme bei der Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte,

die Früchte herauszugeben. Aber auch was das Recht zur Klage betrifft, so ist kein zureichender Grund vorhanden, warum blos gegen den unredlichen Besitzer und nicht auch gegen den redlichen, soweit er überhaupt die Früchte herauszugeben hat[16]), eine eigene Klage dieserhalb soll angestellt werden können oder warum der Eigenthümer die noch vorhandenen Früchte seines Ackers, das Kalb von seiner Kuh blos deßhalb soll nicht mehr ansprechen dürfen, weil der Besitzer nach ihrer Gewinnung die Hauptsache (ohne die Früchte) an einen Dritten veräußert oder dem Eigenthümer zurückgegeben hat[17]). Nach der letztern Ansicht würde derjenige, welcher in gutem Glauben eine fremde Sache erworben hat, überall nicht blos die verzehrten, sondern auch die noch vorhandenen Früchte für sich behalten können, wofern er nur keiner Vindikation der Hauptsache mehr ausgesetzt ist, während doch nach einem bekannten Rechts-

---

welche von der Mittheilung der Klage an den redlichen Besitzer ebenso treffen soll, wie den unredlichen. Das württ. Landrecht II. 1. §. 12 a. E. läßt mit dem römischen Recht erst die Kriegsbefestigung als Anfangspunkt des Verzugs im Prozeß gelten, während eine außergerichtliche Schuldklage (wie eine Privatmahnung) schon von der Mittheilung an in Verzug setzt. Jene Grenze kann jedoch für die Frage von der bona fides bei dem Besitze nicht entscheiden. Das preußische allg. Landrecht I. 7. §. 222 und das österreichische Gesetzbuch §. 338 nehmen die Behändigung der Klage als Zeitpunkt der beginnenden Unredlichkeit an (womit sich schließlich v. Savigny System VI. S. 96 f. 252 conformirt) und dieß entspricht auch der deutschen Auffassung. S. folgende Note.

16) Auch die deutschen Rechtsbücher unterscheiden den redlichen und unredlichen Besitzer. Dieser hat seine Arbeit und damit auch die Früchte verloren, jener aber behält sogar die noch nicht geheimsten Früchte von dem vor der Klage bestellten Gute. Sachsensp. Ldr. II. 46. §. 1 u. 2. vergl. 58. §. 2. Schwabensp. Ldr. (Laßb.) §. 211. vergl. §. 218. Jetzt ist das Recht der Arbeit dem Rechte am Grund und Boden gewichen; denn auch der redliche Besitzer muß Alles herausgeben, was er vom fremden Gute inne hat und kann nur den Werth seiner Arbeit und seinen Aufwand abziehen.

17) Das römische Recht selbst scheint nicht so weit zu gehen. D. XXIV. 3. fr. 31. §. 4. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht u. Prozeß Bd. 18. S. 217. S. dagegen Wächter Erörterungen Heft 2. S. 95. Derselbe württ. Privatrecht Bd. 2. Abth. 1. S. 344. Note 19.

satz Niemand auf Kosten eines Andern sich bereichern soll. Wenn auch das römische Recht diesen vielfach bei Seite gesetzten Billigkeitssatz (nur als solchen bezeugt ihn Pomponius fr. 206. de Reg. juris) nicht hieher anwandte, so ist man doch im heutigen Rechte durch den Umstand, daß im römischen Recht keine Klage gegeben war, nicht abgehalten, eine solche zu geben [18]).

Auch der Unterschied zwischen stricti juris und bonae fidei actiones hat in unserem Rechte keine Bedeutung, wiewohl es noch nicht lange her ist, daß unsere Gerichte Verzugszinsen, welche bei Zurückforderung einer aus Irrthum bezahlten Nichtschuld mitgefordert wurden, aus dem Grunde verweigerten, weil die condictio indebiti als eine actio stricti juris Verzugszinsen ausschließe [19]). Bekanntermaßen ist der römische Formularprozeß und mit ihm die Beschränkung des Rechtsverfahrens auf gewisse Gattungen von actiones und formulae bei uns gar nicht zur Anwendung gekommen,

---

18) Vergl. Schilter praxis rom. Exerc. 16. §. 55. 56. — omnem scrupulum eximit, quod moribus nostris introducta cernitur in universum imploratio officii judicis, in iis etiam casibus, ubi certae legibus actiones constitutae non sunt: ratio tamen juris et aequitatis jus agendi suppeditat.

19) Gegen diese Ansicht spricht sich aus eine Entscheidung des württemb. Obertribunals von 1823 bei Hufnagel, Mittheilungen aus der Praxis der württ. Civilgerichte Bd. 1. nr. 23. Doch wird hier auf Verzugszinse erst von da an erkannt, wo der Empfänger von der Nichtschuld überzeugt worden, in welcher Hinsicht das Gericht die Einlassung auf die Klage nicht immer für genügend fand. Hufnagel bemerkt dazu: „Die Thesis des Obertribunals, welche völlig die Ansicht Thibaut's zu sein scheint, erscheint als die den heutigen Rechtsbegriffen angemessenste, die württ. Gerichte werden daher ohne Zweifel bei jener Thesis beharren.“ Anders das Oberappellationsgericht der vier freien Städte zu Lübeck, welches in Uebereinstimmung mit Savigny, System Bd. VI. §. 270 u. 271 zwischen Verzugszinsen und Prozeßzinsen unterscheidet, und letztere ohne Rücksicht auf die Grundsätze von der mora von der Insinuation der Klage an als Theil der omnis causa zuerkennt, auch wenn das Quantum der zu zahlenden Hauptsumme erst im Lauf des Prozesses durch richterliches Erkenntniß festgestellt wird. Seuffert, Archiv für Entscheidungen Bd. V. nr. 261. Souchay, Anmerk. zu der Frankfurter Reformation Bd. 1. S. 274.

vielmehr ist man so ziemlich einig, daß es einer ausdrücklichen Bezeichnung der Klage gar nicht bedarf, sondern hinreicht, wenn nur der faktische Grund und Zweck der Klage ersichtlich und der erfolgte Anspruch in dem geltenden Rechte wirklich gegründet ist [20]). Aus dem gleichen Grunde bedarf es auch nicht eines ausdrücklichen Vorbehalts in der Klage, um gewisse connexe Ansprüche später noch verfolgen zu können; es genügt, daß die Klage faktisch nicht auf sie erstreckt, also auch nicht darüber erkannt worden. Ueberhaupt ist die Stellung des richterlichen Amtes bei uns eine andere als im römischen Recht, und wenn jetzt überall auf die Absicht der Parteien, also auch auf ihre Nebenforderungen, wofern solche ausdrücklich oder stillschweigend vorgebracht sind, Rücksicht zu nehmen ist, so beruht dieß nicht auf einer Nachahmung oder Ausdehnung dessen, was bei den bonae fidei judiciis Regel gewesen, sondern auf dem allgemeinen deutschen Billigkeitsprincip, welches namentlich unser Klagensystem beherrscht.

§. 3.

Alles kommt bei der vorliegenden Frage darauf an, welchen Einfluß man dem gerichtlichen Verfahren und dem Urtheil in der Hauptsache, auf die Forderung an Zinsen, Früchten und Schäden einräumt. Das altrömische Consumtionsprincip, wonach durch die litis contestatio oder Einlassung auf die Klage, wie wir jetzt sagen, der ursprüngliche Anspruch mit seinem thatsächlichen Inhalt aufgehoben und nur noch der vor Gericht formulirte dafür gelten soll, würde zwar nicht blos, wie die Entscheidungsgründe annehmen, die positive Wirkung äußern, daß nun der der Klage entsprechende affirmative Inhalt des Urtheils als formelles Recht unter den Parteien zu gelten hätte, sondern auch die negative, daß mittelst der exceptio in judicium deductae oder, wenn das Urtheil darauf gesprochen wurde, der exc. rei judicatae jeder weiter gehende Anspruch ausgeschlossen werden könnte. Allein der Grundsatz der Klagenconsumtion mit dieser sog. negativen Funktion ist schon im Justinianischen Rechte nicht mehr vorhanden, und es wäre ein trauriges Zeugniß für den Mangel an schaffender Kraft, wenn es

20) Kierulff a. a. O. S. 256. Anderer Ansicht ist zum Theil Wächter, württ. Privatrecht Bd. 2. S. 479.

nach anderthalbtausend Jahren, seit welchen der altrömische Formularprozeß untergegangen, noch des Zurückgehens auf denselben bedürfte, um irgendwelche Einrichtungen unsres Volkes daraus zu erklären. Savigny hat gewiß Recht, wenn er das Hervorsuchen und Anwenden solcher altrömischen Namen und Formen im heutigen Prozeß für eine falsche verwirrende Gelehrsamkeit erklärt, für einen Weg, der von der Wahrheit abzuführen geeignet ist [21]).

Mehr für sich hat scheinbar die Ansicht, daß durch das rechtskräftige Urtheil eine novatio necessaria bewirkt, somit die alte Obligation mit allen Accessionen aufgehoben werde [22]). Allein gesetzt auch, die Bezeichnung novatio wäre am Platze (von mehr als einer Analogie kann doch nicht die Rede sein), so fragte es sich doch immer, wie weit gieng der animus novandi? Lag es in der Absicht der Parteien und des Richters, daß über alle und jede Ansprüche, auch solche, worüber gar nicht verhandelt worden, mit entschieden werde? Sind die Nutzungen nicht in die Klage eingeschlossen und ist deßhalb nicht darüber erkannt, so können sie auch nicht als aberkannt betrachtet werden, denn absolutio petitionem praesupponit [23]). Wenn es die Bestimmung des Urtheils ist, das streitige Rechtsverhältniß für immer festzustellen, so folgt daraus doch nichts für diejenigen Gegenstände, welche nicht in den Rechtsstreit gezogen sind, weil sie entweder an sich nicht streitig oder weil sie für einen andern Prozeß vorbehalten werden wollten. Eher kann man mit Savigny [24]) übereinstimmen, wenn er den Grundsatz so faßt:

> „Alles, was das rechtskräftige Urtheil nicht zugesprochen hat, obgleich es Gegenstand des Rechtsstreits geworden war und daher zugesprochen werden konnte, ist als abgesprochen anzusehen.

Keineswegs läßt sich aber daraus ohne Weiteres ableiten:

> „daß das stillschweigende Uebergehen der omnis causa, sowie der Prozeßkosten, ebenso zu betrachten ist, wie wenn sie ausdrücklich aus- (ab?) gesprochen worden wären."

21) System des röm. Rechts VI. S. 309. Vergl. Wächter Erörterungen aus dem römischen, deutschen u. württ. Privatrechte Heft 3. S. 38.

22) Seuffert, im Archiv für civilist. Praxis Bd. 1. S. 234. Puchta Vorlesungen über das heut. röm. Recht Bd. II. §. 292.

23) Brunnemann, Comment. ad lib. 4. C. depositi.

24) System VI. S. 304.

Bei Früchten, Zinsen und Schäden aus einer Zeit, wo der Rechtsstreit noch nicht begonnen hatte (vor Insinuation der Klage), nimmt Savigny selbst an, daß der Richter sie nicht zusprechen könne, wenn die Klage nicht ausdrücklich darauf gerichtet war; diese werden also auch nach seiner Ansicht durch die Uebergehung im Urtheil nicht berührt. Hiernach könnte es geschehen, daß die vor der Insinuation der Klage erwachsenen Nebenforderungen erhalten blieben, während die späteren verloren giengen. Darf man auf diese Weise sondern?

Was Gegenstand des Rechtsstreits war, und wiederum, wie weit thatsächlich das Urtheil sich erstreckte, ist in jedem einzelnen Falle nach dem Inhalte der gerichtlichen Verhandlungen zu beurtheilen. Auch diejenigen Leistungen, welche man zur omnis causa rechnet, wie Früchte und Zinsen, hat zwar der Richter, soweit sie seinem Urtheil unterstellt sind, mit der Hauptsache in der Endentscheidung zu berücksichtigen. Wie weit dieß jedoch geschehen, ist eine Thatfrage, welche theils aus dem Erkenntnisse selbst, theils aus den Entscheidungsgründen und andern Umständen zu beantworten, keinenfalls aber gegen die Absicht des Richters und der Parteien zu lösen ist. Wenn der Beklagte in der Hauptsache freigesprochen ist, so wird in der Regel auch die Nebenforderung [25]) wegfallen. Nicht aber folgt aus dem Stillschweigen im Erkenntnisse, daß der Beklagte nun blos die Hauptsache, nicht auch noch Zinsen oder Früchte herauszugeben habe, daß er mit diesen abgewiesen sei [26]). In Bezug auf die vom Beginne des Rechtsstreits an erwachsenen Verzugszinsen ist zwar der Richter befugt, sie zuzuerkennen, auch wenn kein Antrag deßhalb gestellt ist; doch kann der Richter auch absichtlich die Folgen des Verzugs im Urtheil übergangen haben, entweder aus inneren Gründen, weil erst im Laufe des Prozesses das Recht des Klägers für den Beklagten selbst klar wurde, oder aus einem äußern Grunde, weil

25) Doch nicht immer, z. B. wenn der Schuldner behauptet, das Kapital bezahlt zu haben und nur noch mit einem Zinse oder mit einer Entschädigung des Gläubigers wegen Heimbezahlung des Kapitals vor Ablauf der Kündigungsfrist im Rückstande zu sein. Wird der Streit für den Schuldner entschieden, d. h. die Abbezahlung des Kapitals als bewiesen angenommen, so fällt damit nicht auch die Nebenforderung.

26) Wie Savigny a. a. O. S. 251. 305 annimmt.

überhaupt eine besondere Klage, auch wegen der früheren Nutzungen, vom Kläger vorbehalten und daher darüber nicht gehandelt ward. Daß der Richter in dem Urtheile gewisse Nebenforderungen, z. B. des gemachten Aufwands, Ersatz des Interesse vorbehalten und zu einem besonderen Verfahren verweisen darf, kann keinem Bedenken unterliegen [27]). Wie aber, wenn dieser Vorbehalt nicht im Urtheile, sondern in den Entscheidungsgründen ausgedrückt oder nur stillschweigend verstanden ist? Sollte dann gleichwohl das Urtheil als aberkennend in dieser Beziehung anzunehmen und nur durch eine Appellation (wo solche zulässig) zu helfen seyn? Eine solche Folgerung möchte doch nur dann für statthaft gelten können, wenn in den Gesetzen eine bestimmte Fiktion in dieser Richtung ausgesprochen ist, nicht auch bei einer dem Richter blos ertheilten Ermächtigung, über gewisse Punkte, z. B. die Zinsen seit Anfang des Prozesses, von Amts wegen zu erkennen [28]).

Die Absicht zu verhindern, daß nicht aus Einem Prozesse zwei gemacht werden, rechtfertigt wohl einen Grundsatz, wie er hinsichtlich der Prozeßkosten ausgesprochen ist, daß darüber in Verbindung mit der Hauptsache erkannt werden soll, indem es für unstatthaft erklärt wird, litem alteram consurgere ex litis primae materia [29]). Allein selbst bei den Prozeßkosten ist zu bezweifeln, daß der Richter, wenn er sie im Urtheil übergangen hat, einen Antrag auf nachträgliche Entscheidung darüber ausschließen würde, oder daß nur im Wege der Berufung gegen eine solche Omission könnte geholfen werden (s. unten §. 5, nr. 1). Auch die Verbindung anderer Nebenforderungen mit der Hauptklage ist wünschenswerth, wenn die Erledigung der letztern dadurch nicht aufgehalten wird. So werden in die Schuldklage wegen eines zinsbaren Dar-

---

27) C. VII, 51. c. 3. Seuffert im Archiv für civil. Praxis Bd. 1. S. 233 f.

28) Madai, Lehre von der mora S. 359 will sogar den Richter wegen Uebergehung der usurae legales (quae in officio judicis sunt) verantwortlich machen; was selbst v. Holzschuher, Theorie und Casuistik II. 1. S. 47. Note **, obgleich er unter „obligationsmäßigen“ Zinsen nur die „stipulirten“ versteht und dagegen bei den andern eine Obligation des Richters annimmt, darauf zu erkennen, doch zu stark findet.

29) C. VII, 51. c. 3.

lehens am besten auch die rückständigen Zinsen eingeschlossen; mit der Vindikation eines entwendeten Pferdes wird in den meisten Fällen zweckmäßig die Ersatzforderung wegen entgangener Benützung oder wegen Beschädigung des Thiers (wenn der Eigenthümer diese zur Zeit der Klage schon kannte) verbunden werden. Allein die Zweckmäßigkeits-Rücksicht war für die römischen Gesetze und Schriftsteller nicht entscheidend, wie schon daraus hervorgeht, daß die vertragsmäßigen Zinsen auch nach der Hauptklage noch gefordert, die Früchte, soweit sie unabhängig von der Litis-Contestation zu leisten waren, nach der Vindikation der Hauptsache noch eingeklagt werden konnten. Der Grund, warum bei einigen Nebenforderungen dieß nicht angenommen wurde, lag vielmehr, wie schon bemerkt worden (§. 2), in der eigenthümlichen Beschränkung der civilen obligatio. Das Gesetz oder die unerlaubte Handlung, welche wir jetzt als Grund der Zinsverbindlichkeit in verschiedenen Fällen betrachten, reichte nach Ansicht der Römer nicht hin, einen selbständigen Obligations- und Klagegrund für diese accessorische Forderung abzugeben; es konnte daher, wenn nicht eine stipulatio oder andere selbständige Verpflichtungsform hinzugekommen war, nur incidenter d. h. in Verbindung mit der klagbaren obligatio, woraus sie entsprungen (nicht principaliter und separato processu), der betreffende Thatumstand berücksichtigt und zum Gegenstand eines gerichtlichen Urtheils gemacht werden. Bei uns fällt diese civilistische Rücksicht hinweg; es reicht der allgemeine Grund der Verpflichtung schon hin, eine klagbare Verbindlichkeit zu erzeugen, mag derselbe in dem Privatwillen oder in dem Ausspruche des Gesetzes liegen, beziehe er sich auf eine andere Verbindlichkeit oder bilde er eine für sich bestehende Schuld.

Auch die Gefahr, es möchte für die Gerichte ein Geschäftszuwachs entstehen, wenn die Trennung der Haupt- und Nebenforderungen gestattet würde, ist in der That nicht hoch anzuschlagen; das eigene Interesse des Klägers bildet hier ein natürliches Correctiv und wird ihn weit mehr einer unerlaubten Verbindung verschiedener Prozesse, um desto bälder zum Ziele zu kommen, als einer Prozeßzersplitterung geneigt machen. Jedenfalls würde jener Grund zu viel beweisen, da, um der Gefahr zu begegnen, auch noch anderen Nebenforderungen, z. B. den Vertragszinsen, die besondere Klagbarkeit entzogen werden müßte, während doch gerade bei diesen,

ganz gewöhnlichen, Nebenforderungen die Erfahrung gezeigt hat, daß ein Mißbrauch von jenem Rechte nicht leicht zu besorgen sein möchte.

§. 4.

Die Landesgesetzgebungen sind den Bestimmungen des römischen Rechts zum Theil gefolgt, zum Theil weichen sie davon ab, ohne sich des positiven Prinzips, woraus dieselben hervorgegangen, bewußt zu sein. So wird in dem preußischen allgemeinen Landrecht Thl. I. Tit. 11. §. 845—47 nicht blos der Verlust der Verzugszinsen, sondern auch der bedungenen Zinsen angenommen, wofern über das Kapital ohne Vorbehalt quittirt ist. Dagegen soll aus einer solchen Bescheinigung so wenig als aus der Zurückgabe des Schuldscheins auf die Zahlung oder Erlassung der vom Richter zuerkannten Verzugszinsen geschlossen werden. Das Prinzip, worauf diese Sätze beruhen, ist nicht die mangelnde Klagbarkeit der Nebenforderungen, als ob diese nur in Verbindung mit dem Hauptrechte zur Geltung gebracht werden könnten [30]), sondern der stillschweigende Verzicht, welcher in einzelnen Fällen angenommen wird, wenn er nicht durch ausdrücklichen Vorbehalt ausgeschlossen ist. Die Gerichte sind zwar verpflichtet, bei Aufnahme der Klage, Instruktion des Prozesses und Abfassung des Erkenntnisses auf die Kosten, Strafen, Zinsen, Schäden, Früchte und Abnutzungen Rücksicht zu nehmen [31]); aber die Uebergehung im Urtheil schadet nur dann, wenn die Hauptklage zugleich auf diese Nebenforderungen erstreckt worden [32]).

Weiter geht das württembergische Landrecht Thl. I. Tit. 19. §. 2, indem es bestimmt:

> Und dieweil nach Eröffnung der Endurthel wegen aufgeloffener Expens, aufgehabter Nutzung, Schaden und Interesse keine neue Rechtfertigung anzufahen ist,

---

30) Preußische Gerichtsordnung Thl. 1. Tit. 23. §. 59. „Schäden, welche als ein Zubehör der Hauptsache anzusehen sind, müssen mit dieser zugleich instruirt und darüber erkannt, oder wenn sie mit der Hauptsache zugleich nicht verhandelt worden, von dem Beschädigten besonders eingeklagt werden.“ Vgl. §. 61 und allg. Landrecht I, 11. §. 851.

31) Preuß. Ger.-O. I, 5. §. 4. nr. 5. I, 23. §. 1. 58. 63. 64.

32) Allg. Ldr. I, 11. §. 848. Ger.-O. I, 23. §. 59—64.

mögen und sollen die Parteien diese Forderungen (da sie solche fallen zu lassen nicht gemeint) zu Beschluß ihrer Klag anhencken

Der Sinn dieser Stelle, welche von dem Richter erster und zweiter Instanz in obiger Sache (§. 1) übersehen worden, kann kein anderer seyn, als daß gewisse Nebenrechte, wenn sie in der Hauptklage und deßhalb auch im Urtheile übergangen sind, für verzichtet zu halten und nicht zum Gegenstand eines neuen Rechtsstreits zu machen seien [33]. Hat der Kläger die Nebenforderung mit der Hauptklage verbunden, das Urtheil aber keine Rücksicht darauf genommen, so wird allerdings im Zweifel angenommen werden dürfen, daß der Richter sie nicht begründet gefunden, daß er sie aberkannt habe. Das Gleiche, der Wirkung nach, beansprucht die Stelle nun aber auch für den Fall, wenn kein Antrag wegen des Aufwands, der Nutzungen, Schäden und des Interesse gestellt worden: hier soll angenommen werden, daß der Kläger selbst darauf verzichtet habe. Streng genommen müßte diese Wirkung schon mit der Klage eintreten, worin die Nebenforderungen übergangen sind; allein das Gesetz knüpft den Verlust an das eröffnete, genauer an das rechtskräftige Urtheil. Ein Unterschied zwischen den vor und den nach der Klage erwachsenen Expensen, Nutzungen u. s. w. wird nicht gemacht: es soll überhaupt solcher Forderungen wegen keine neue Klage angestellt, kein neuer Prozeß begonnen werden. Es kann also nicht nur, wenn die Hauptforderung von dem Richter verworfen wurde, von einer Nebenforderung nicht mehr die Rede sein, sondern auch, wenn die Hauptforderung gerichtlich anerkannt, die Nebenforderung aber unberücksichtigt geblieben ist, fällt gleichwohl diese hinweg, weil sie nicht mit der Hauptklage vorgebracht und in das Urtheil eingeschlossen worden.

Wie verhalten sich aber zu dieser Landrechtsstelle Doktrin und Praxis? Enthält dieselbe wirklich praktisches Recht oder verhält es sich damit wie mit anderen Stellen [34], wo das Landrecht dem Schematismus des römischen Rechts sich anschließt, ohne dessen Inhalt zu billigen?

---

33) Vergl. const. 3. Cod. l. c. Ldr. I, 54. §. 1 u. 2.

34) Z. B. Thl. II. tit. 20. de contractibus innominatis. Mein württ. Privatrecht 2. Aufl. §. 408.

Es ist nicht ganz richtig, wenn Wächter[35] sagt, daß die württembergischen Schriftsteller durchaus für die Anwendbarkeit des römischen Rechts seien und blos aus diesem, nicht aus dem von ihnen übersehenen Landrecht I, 19. §. 2. schöpfen. Einige berühren eben aus Anlaß dieser Stelle die angeregte Frage, ohne sie freilich materiell zu lösen. So spricht Plebst[36] von einer Kautel: ut damna, expensae litis, factae et faciendae, sicut et interesse petantur, unter Beziehung auf die kaum erwähnte Stelle und const. 3. C. de fructibus. Auch die von Hochstetter hinterlassene Einleitung in das württembergische Landrecht P. I. tit. 19. qu. 4. spricht zunächst nur von expensis, mit Beziehung auf fr. 79. D. de judiciis. Von den Früchten und Zinsen sagt er blos: non semper debentur vi actionis seu praecedentis contractus, sed etiam officio judicis, v. g. in b. f. judiciis, judex vero non interponit officium, nisi desuper imploratus, quamvis hi defectus per generalem nobilis officii judicis implorationem suppleantur. (Fast wörtlich aus Stryk introd. ad praxin for. cap. 7. §. 9 & 10.) Dasselbe, daß nemlich der Richter nicht ohne einen ausdrücklichen Antrag der siegenden Partei oder eine dem petitum angehängte allgemeine Anrufung des richterlichen Amtes z. B. die clausula salutaris: omni meliori modo, secundum receptum Stylum etc. zu erkennen habe, bemerkt auch Plebst (a. a. O.) von den Prozeßkosten. Beide übersehen jedoch, daß das Landrecht Thl. I. Tit. 54. §. 1 u. 2. den Richter nur anweist, die verlierende Partei auf Antrag der andern oder auch, aus bewegenden Ursachen, von Amts wegen zur Erstattung der Kosten und Schäden, desselbigen Streits halben aufgegangen, zu verurtheilen. Es ist somit allerdings Kautel für die Parteien, einen ausdrücklichen Antrag deßhalb zu stellen: denn unterlassen sie es und findet der Richter sich nicht bewogen, von Amts wegen darauf zu erkennen, so könnten sie nach Ldr. I, 19. §. 2. dieser Nebenforderungen für verlustig gehalten werden. Indessen darf man dieß nicht auf alle Nebenrechte beziehen, vor Allem nicht auf jene, welchen schon das römische Recht eine besondere Klage einräumt: denn daß das Landrecht die Klagbarkeit weiter als das römische Recht habe beschränken

35) Württ. Privatrecht Bd. 2. Abthlg. 1. S. 342. Note 14.

36) Novantiquae Disputatt. P. I. nr. 71.

wollen, ist nicht wahrscheinlich und auch bis jetzt noch von keiner Seite behauptet worden. Auch Wächter[37]) will nur die Anwendbarkeit des römischen Rechts für Württemberg beweisen und bezieht deßhalb die Landrechtsstelle auf solche Nebenrechte, wovon das römische Recht sagt: officio judicis continentur. Namentlich zählt er dahin: den Ersatz wegen verspäteter Erfüllung der Hauptleistung, die Früchte und Nutzungen wegen unbefugten Besitzes und Vorenthaltens der Hauptsache, den Ersatz der Prozeßkosten, überhaupt „alle Rechte, welche keinen selbständigen, besonderen, vom Hauptrechte getrennten Entstehungsgrund haben, sondern als reiner Anhang des Hauptrechts gleichsam nur aus dem Hauptrechte selbst entspringen und deßhalb auch nur in oder mit dem Hauptrechte geltend gemacht werden können." „Rückständige Leistungen aus solchen Nebenrechten können", sagt er, „nach erloschenem oder gerichtlich zuerkanntem Hauptrecht nicht mehr in Anspruch genommen werden und sind daher verloren."

Hiernach scheint Wächter anzunehmen, daß die Früchte und Nutzungen wegen unbefugten Vorenthaltens irgend einer nutzbaren Sache, auch eines Dienstbarkeitsrechts, schlechterdings nur mit der Hauptklage zu fordern seien, während doch bekanntlich eine successive Konkurrenz von Klagen da gestattet ist, wo die eine Klage in einem präjudiziellen Verhältnisse zur andern steht, wie die Eigenthumsklage (rei vindicatio) zur Klage gegen den Besitzer des betreffenden Guts auf Ersatz der Früchte. Da hier die erste Klage den Sieg der zweiten bedingt, so kann sogar der Beklagte verlangen, daß die Ersatzklage nicht zur Verhandlung komme, bevor über die Eigenthumsklage entschieden ist[38]). Mit gleichem Rechte und schon um der Einrede des Beklagten zu begegnen, kann der Kläger sich Anfangs auf die Eigenthumsklage beschränken und nachher die persönliche Klage auf Entschädigung für die Nutzungen anstellen. In einem gewissen präjudiciellen Verhältnisse steht freilich jedes Nebenrecht zum Hauptrechte, so z. B. auch der Verzugszins zur Hauptschuld, da das Nebenrecht überall nur unter Voraussetzung des Hauptrechts besteht. Und doch wird man nicht sagen

37) Württ. Privatrecht a. a. O. Note 13.

38) D. XLIV, 1. (de except. et praejud.) fr. 18.

können, daß jenes Verhältniß allein schon unsere Frage entscheide; sonst würden alle Nebenrechte schon nach römischem Rechte Klagbarkeit genießen, und unsere ganze Erörterung wäre überflüssig. Man muß vielmehr zwischen präjudiciellen Fragen und präjudiciellen Klagen unterscheiden. Präjudicielle Punkte oder Vorfragen kommen fast bei jedem Rechtsstreite vor, ohne daß daraus besondere Prozesse gebildet würden oder gebildet werden könnten. Präjudicielle Klagen sind dagegen solche Klagen, deren Entscheidung für einen andern Streit ein Vorurtheil (praejudicium) abgibt. Vorausgesetzt wird daher, daß überhaupt eine Klage für das eine wie für das andere Recht gegeben sei. Daß aber eine Nebenforderung durch das „unbefugte Vorenthalten der Hauptsache" veranlaßt ist, schließt noch nicht die besondere Klagbarkeit derselben aus, wie das Beispiel des unredlichen Besitzers zeigt, gegen welchen auch nach angestellter und durchgesetzter Vindikation der Hauptsache immer noch auf Ersatz der Früchte geklagt werden kann. Auf der andern Seite ist die negative Bezeichnung für die streng accessorischen Forderungen als „Rechte, welche keinen selbständigen, besondern, vom Hauptrechte getrennten Entstehungsgrund haben", zu eng, um auch nur die Prozeßkosten darunter zu begreifen, welche ja nicht durch das Hauptrecht selbst, sondern durch den Streit um dasselbe veranlaßt sind. Selbständig in dem Sinne, daß sie nicht mit dem Hauptrechte zugleich entstanden, sind auch die Verzugs- und Strafzinse, accessorisch in dem Sinne, daß sie „aus dem Hauptrechte entspringen", die vertragsmäßigen und testamentarischen Zinse, und doch sollen jene nur mit der Hauptklage, diese auch für sich geltend gemacht werden können! Auch das Recht auf die Früchte entspringt aus dem Eigenthum auf die Hauptsache, mögen sie von dem redlichen oder unredlichen Besitzer gezogen seyn — nur ein interimistisches oder vermuthliches Eigenthum erwirbt jener durch Hebung der Früchte, welches aber zurücksteht gegen das wirkliche Eigenthum — und doch soll nur gegen den unredlichen Besitzer nicht auch gegen den redlichen eine eigene Klage auf Herausgabe der Früchte stattfinden. Wächter scheint bei dem Prädikate „selbständig" an die ex obligatione (Vertrag, Testament) entspringenden Nebenverpflichtungen gedacht zu haben, im Gegensatz zu den officio judicis zu prästirenden Zinsen und Kosten, von welchen die Römer sagen: non sunt in obligatione. Es ist jedoch bereits

bemerkt worden, daß ein Grund, diese für unklagbar zu halten, in unserem Rechte nicht zu finden sein möchte.

Man darf überhaupt bei Auslegung des Landrechts nicht immer die feineren Unterschiede des römischen Rechts voraussetzen. Es lag nicht in der Absicht des Landrechts, die civilistischen Absonderlichkeiten des römischen Rechts herüberzunehmen, sondern zu „Abschneidung unnöthiger Rechtfertigungen und Gezänks" einen „gerichtlichen Prozeß nebst mehreren (anderen) Satzungen kürzlich zusammenzutragen". (Vorrede zur dritten Ausgabe von 1610.) Daraus erklärt sich auch obiger kurzer Ausspruch, welcher zunächst nur eine prozessualische Anweisung enthält, aber auch materielles Recht insoferne gibt, als implicite der Verlust der Nebenforderungen als Folge des Urtheils in der Hauptsache angedroht wird. Es ist nicht unwahrscheinlich, daß das römische Recht hiezu Veranlassung gegeben; aber die einzelnen Bestimmungen des römischen Rechts, welche zum Theil mit Eigenthümlichkeiten des jus civile zusammenhängen, die unser Recht nicht kennt, sind damit nicht rezipirt. So ist es wohl nicht die Absicht des Landrechts, die vertragsmäßigen Zinsen vor den Verzugszinsen durch besondere Klagbarkeit auszuzeichnen, schon aus dem Grunde nicht, weil jene im Landrecht noch nicht gebilligt sind, während diesen, sowie einer etwa weiter gehenden Forderung des Interesse die Klagbarkeit ausdrücklich zugestanden wird [39]). Auch die Prozeßkosten sind bei uns nicht in dem Sinne accessorisch, wie Wächter behauptet, daß dieselben „nach erloschenem oder gericht-

39) Ldr. II, 1. §. 5. „Doch mag der Leiher, auff den Fall nach Verfliessung solcher Zeit das gelihen Gut ihme nicht heimbgegeben, nicht allein von Zeit des verzugs fünff von hundert Guldin fordern, sondern auch, daß er deßhalben grössern Schaden erlitten, oder vmb mehrern billichen Gewin gebracht worden, rechtlich klagen und darfür zimlichen Abtrag begeren: darüber Unsere Gericht rechtmäßiglich zu erkennen haben sollen." — Daß der Gläubiger im Falle des Verzugs nicht blos Verzugszinse, sondern das id quod interest fordern kann, ist hier ausdrücklich gesagt. Dasselbe gestattet schon der Reichsabschied v. 1600, §. 139. tam ex lucro cessante quam damno emergente. Aber auch diese Stellen werden von unsern Gerichten häufig nicht beachtet, s. Hufnagel, Mittheil. Bd. 1. S. 96, welcher selbst zwar den Reichsabschied kennt, nicht aber die Bestimmung des Landrechts.

lich zuerkanntem Hauptrechte gar nicht mehr in Anspruch genommen werden" könnten. Wenigstens kann dieß nicht daraus bewiesen werden, daß der Richter nach unserem Recht von Amts wegen darüber zu erkennen habe. Das würtembergische Landrecht Thl. I. Tit. 54. §. 1 und 2 sagt nur, daß der Richter auf Antrag der andern Partei oder „aus bewegenden Ursachen" auch von Amts wegen auf Kosten und Schäden desselbigen Streits halben aufgegangen, zu erkennen habe. Daß der Richter von Amts wegen erkennen müsse, läßt sich also nicht einmal von den Prozeßkosten durchaus behaupten. Wenn aber Wächter auf das vierte Organisations-Edikt von 1818, §. 77 und 145 sich beruft, wonach es keinen Zweifel habe, daß die württembergischen Gerichte von Amts wegen auf Zinse, Früchte und (Prozeß-) Kosten zu erkennen haben, so beruht auch dieß auf einem Irrthum. Der §. 77 sagt nur, daß das Gericht einer Partei alles das, was ihr nach dem Resultat der Verhandlung rechtlich gebührt, zuzuerkennen habe, wenn es auch nur im Allgemeinen darum gebeten worden; §. 145 aber enthält blos die reglementäre Vorschrift, daß das Erkenntniß in Absicht auf die Hauptsache, Zinse (Verzugs- und Vertragszinse), Früchte und Kosten mit der möglichsten Bestimmtheit abzufassen sei. Daß auch nicht erbetene Zinse, Früchte und Kosten zuzuerkennen seien, ist nicht gesagt. Noch weniger ist ausgesprochen, daß irgend welche Nebenforderungen nur „in oder mit dem Hauptrechte", daß sie also dann nicht geltend gemacht werden können, wenn etwa das Hauptrecht außer Streit sich befinde.

Näher glaube ich der Absicht des Landrechts zu kommen, indem ich aus dem Grunde des Gesetzes zugleich dessen Grenze zu bestimmen suche. Der Grund und Zweck des Gesetzes ist kein anderer, als daß nicht über dieselbe materielle Grundlage zweimal gestritten werden solle. Schon das römische Recht hat den Grundsatz: bis de eadem re ne sit actio, angewendet auf die Prozeßkosten (Note 29). Das Landrecht I, 19. §. 2. bezieht denselben auch auf die Nutzungen, Schäden und das Interesse. Gleichwie nun aber der Richter in dieser Beziehung das Vorbringen der Parteien nicht zu ergänzen hat, so gilt auch der Satz des Landrechts I, 19. §. 1. nicht unbeschränkt, sondern es wird dabei stillschweigend vorausgesetzt, daß der Streit

über die Nebenpunkte mit dem Hauptstreite identisch, mit andern Worten, daß darüber auf dieselbe thatsächliche Grundlage hin, wie bei dem Hauptstreit, zu entscheiden und kein neuer Prozeß deßhalb „anzufahen" sei. Allein auch dieser Grundsatz ist in der Praxis nicht durchgeführt [40]) und in der That auch kaum durchführbar, da so vieles dabei von den Umständen des einzelnen Falles abhängt, welche bald für bald gegen die Trennung sprechen und schwer auf allgemeine Gesichtspunkte zurückzuführen sind, die jedenfalls nur von der Gesetzgebung ein für allemal bestimmt werden könnten. So sollten die rückständigen Darlehens-Zinsen der Natur der Sache nach mit der Hauptschuld zugleich eingeklagt werden; denn das zinsbare Darlehen bildet jetzt ein eigenes Geschäft, woraus die Forderung auf Zinsen und Kapital zugleich sich ergibt; auch ist die Säumniß in der Zinsen-Entrichtung der gewöhnliche Grund, aus welchem das Kapital selbst gekündigt wird; dennoch ist hier auch Wächter für die Trennbarkeit. Ferner: die actio commodati und die actio depositi gehen auf Restitution der Sache und Ersatz des durch dolus und culpa (levis, beziehungsweise lata) verursachten Schadens; und doch wird man dem Eigenthümer der entliehenen oder hinterlegten Sache auch nach freiwilliger oder unfreiwilliger Zurück-

40) Nur Eine Entscheidung ist mir bekannt, worin auf Grund jener Stelle abweisend entschieden wurde: es ist dieß ein Erkenntniß des Gerichtshofs in Tübingen vom 26. Nov. 1849 (Bek und Neth gegen Pfeiffer in Balingen), worin unter Abänderung des oberamtsgerichtlichen Erkenntnisses die Kläger mit der erhobenen Entschädigungsforderung für die entgangene Benützung eines retinirten und ihnen gerichtlich zugesprochenen Pferds, unter gleichzeitiger Entbindung von der Widerklage wegen aufgewendeter Fütterungskosten, abgewiesen wurden, mit der Bemerkung: es widerspreche dieser nachträglichen selbstständigen Geltendmachung, von erlittenen Schäden und aufgewendeten Kosten der §. 2, Tit. 19. Th. 1 des Ldr. Dabei wird sich berufen auf Reinhard's Commentar zum Landrecht Bd. IV. S. 144, wo diese Stelle frei dahin übersetzt ist: „Da nach dem Endurtheil über die Kosten des Rechtsstreits oder etwaiger Entschädigung kein neuer Rechtsstreit entstehen kann, so haben die streitenden Theile, im Fall sie nicht anders darauf verzichten wollen, die Bitte um Verurtheilung des Gegners in dieselben der Klage anzuhängen." Ein Kommentar ist dieser Paraphrase nicht beigefügt.

gabe derselben nicht verwehren können, den Schaden einzuklagen, welcher die Sache durch Schuld des Andern getroffen hat. Auch mit der Eigenthumsklage ist, wie wir früher gesehen haben, die Ersatzklage wegen der entbehrten Nutzungen nicht nothwendig zu verbinden. Man kann zwar hier sagen: der unmittelbare Grund der Ersatzklage sei die begangene Rechtsverletzung, daher sei dieselbe persönlich gegen den Dieb oder Diebshehler gerichtet, die Eigenthumsklage aber habe es mit dem Besitzer als solchem zu thun; und insofern spreche das obige Prinzip für die Trennbarkeit. Aber auch die Zurückforderung der noch vorhandenen Früchte, obgleich auf das Eigenthum an der Hauptsache, also auf denselben Grund gestützt, wie die Hauptklage, kann nach dem Obsieg in der Hauptsache nicht wohl ausgeschlossen werden. Wie z. B. wenn der Eigenthümer nachher erst erfährt, daß Früchte vorhanden sind?

Wie mit der Eigenthumsklage (rei vindicatio), verhält es sich auch mit der Dienstbarkeitsklage (actio confessoria). Diese geht zunächst auf Anerkennung und Wiederherstellung des Dienstbarkeitsrechts, der sog. Gerechtigkeit; sie kann aber zugleich auf Schadensersatz und Kaution für die Zukunft gerichtet werden [41]). Gegenstand des Schadensersatzes sind die Nutzungen und das ganze Interesse. Beides kann in Verbindung mit einem possessorischen Rechtsmittel [42]), wenn es sich zunächst um Wiederherstellung des gestörten Besitzstandes handelt, es kann aber auch nach Erledigung der Hauptsache für sich erbeten werden. Dieß führt uns zurück auf den §. 1 erwähnten Rechtsstreit. Ohne Zweifel war der Richter bei der angestellten Dienstbarkeitsklage nicht verbunden oder auch nur berechtigt, das Gesuch des Klägers in Beziehung auf den erlittenen Schaden zu ergänzen, noch auch konnte ein Verzicht auf den Schadensersatz aus der unterlassenen Kumulirung der beiden Klagen geschlossen werden: denn es war nicht dieselbe Sache, nicht

41) D. VII, 6. fr. 5. §. 3. VIII, 5. fr. 4. §. 2. fr. 6. §. 6. Westphal, de libertate et serv. praediorum §. 988. 944. Schweser, Schauplatz der Dienstbarkeiten, Nürnberg 1769. Kap. 3. §. 10. Der Letztere bemerkt nur, daß, wenn man durch geschehene Verhinderung die Servitut nicht gebrauchen könne, es zugelassen sei, das officium judicis super interesse anzurufen.

42) Glück, Pand. Bd. 10. S. 216. 239.

eadem obligatio, also auch nicht eadem quaestio [43]), wovon es sich handelte. Beide Klagen sind vielmehr wesentlich verschieden: die Dienstbarkeitsklage ist dinglich, die Schadensklage persönlich; jene hat die Anerkennung des Dienstbarkeitsrechts und dessen Sicherung für die Zukunft zum Zweck, diese den Ersatz des durch die Störung des Besitzes dem Kläger zugefügten Schadens. Die Schadensklage hat zwar den rechtlichen Bestand der Dienstbarkeit zur Voraussetzung; daher ist die Dienstbarkeitsklage präparatorisch für die Schadensklage. So wenig nun aber Jemand behaupten wird, daß auf die erste Klage der Richter von Amts wegen über den Ersatz der entgangenen Nutzungen zu erkennen gehabt hätte, so wenig konnte daraus, daß der Schadensersatz bei der Dienstbarkeitsklage gar nicht zur Sprache gekommen, ein Präjudiz für die nachherige Schadensklage abgeleitet werden. Möglicher Weise konnten auch beide Klagen gegen ganz verschiedene Personen gerichtet seyn: die konfessorische Klage wider den Besitzer der dienstbaren Sache, welcher die Dienstbarkeit nicht anerkennt, die Schadensklage gegen den frühern Besitzer, von welchem die Besitzstörung ausgegangen ist. Auch der Fall ist möglich, daß die Dienstbarkeitsklage ganz unterbleibt, nicht aber die Schadensklage, weil der Besitzer des dienenden Guts zwar die Dienstbarkeit anerkennt, nicht aber die zugefügte Beschädigung.

§. 5.

Zweifel über die besondere Klagbarkeit der Nebenforderungen können nach dem bisher Gesagten nur entstehen:

1) bei den Prozeßkosten.

Soweit hierunter die Gerichtskosten begriffen sind, welche von den Parteien nicht bereits vorgelegt worden, ist eine Entscheidung durchaus nothwendig, da das Gericht seine Gebühren (Sporteln) und Auslagen nicht wird entbehren wollen. Aber auch sonst ist eine Entscheidung des Gerichts über den Kostenpunkt meist nicht zu umgehen und sie geschieht um so leichter zugleich mit dem Haupterkenntnisse, als die Erwägung der Hauptsache nach allen ihren Richtungen den Richter von selbst in den Stand setzt, sich darüber

43) Vgl. fr. 3. D. de exc. rei jud. (44, 2.)

auszusprechen, wer die Kosten zu tragen habe, wenn auch die Summe derselben späterer Dekretur vorbehalten bleiben muß. Daraus, daß in der Klagschrift oder Vernehmlassung der Kosten wegen nicht ausdrücklich gebeten worden, sie dem Gegner zuzuscheiden, kann man auf einen Verzicht der Parteien auf Anrechnung derselben im Zweifel nicht schließen; dieß hat auch die Gesetzgebung anerkannt, indem sie dem Gerichte gestattete, aus bewegenden Ursachen von Amts wegen über die Kosten zu erkennen. Ist dieß nicht geschehen, so könnte dieß zwar auch den Sinn haben, daß nun jede Partei ihre Kosten auf sich zu leiden habe. Allein wenn hierüber Zweifel ist, oder wenn es sich von Gerichtskosten handelt, welche eine Partei insbesondere tragen soll, die ihr aber in dem Erkenntnisse nicht aufgelegt sind, so wird man den Richter zu einer Deklaration seines Erkenntnisses für verpflichtet halten müssen [44]).

2) Bei den Verzugszinsen.

Da die Verzugszinsen von selbst nach dem Maaß und der Qualität der Hauptschuld sich richten, so ist das Erkenntniß auf dieselben, vorausgesetzt daß die ungerechte Weigerung oder Zögerung des Schuldners aus der Verhandlung hervorgeht, in der Regel mit keiner Schwierigkeit verknüpft. Daher nehmen unsere Gerichte keinen Anstand, darauf in manchen Fällen zu erkennen, ohne daß darum besonders gebeten worden. Wie aber, wenn dieß nicht geschehen und auch kein Vorbehalt deßhalb im Erkenntnisse gemacht ist [45]), sind alsdann die Verzugszinse für abgesprochen zu halten? Die Meisten bejahen diese Frage [46]), und Manche wollen die Konsequenz sogar so weit treiben, daß auch die sonst gewöhn-

---

44) Allg. Gerichtsordnung für die preußischen Staaten Thl. 1. Tit. 23. §. 22. in Verb. mit Tit. 14. §. 1. Hiernach ist, wenn der Kostenpunkt in einem Urtheil übergangen und in der Hauptsache kein Rechtsmittel eingewendet worden, darüber Deklaration bei demselben Gericht nachzusuchen.

45) Dieser muß allerdings für wirksam gehalten werden. Seuffert im Archiv für civil. Praxis Bd. 1. S. 232. Bolley, Bemerkungen zum württ. Pfandgesetze Bd. 2. S. 910.

46) Glück, Pand. Bd. 21. S. 59. Griesinger, Komment. über das württ. Landrecht Bd. 1. S. 20. Bolley a. a. O.

lichen usurae rei judicatae von der Zeit eines neuen Verzugs nach dem Erkenntnisse nicht sollen gefordert werden können, wenn nicht in dem Erkenntnisse die Verzugszinsen für die Vergangenheit zuerkannt worden [47]). Allein der Grund, daß nur mit der actio judicati (ex causis judicati) die Verzugszinse gefordert werden können, nicht unmittelbar ex lege oder ex mora, existirt, wie hinlänglich gezeigt worden, für unser Recht nicht. Ebensowenig ist man berechtigt, dem Erkenntnisse eine der Absicht des erkennenden Richters widerstreitende oder gar dessen Befugniß überschreitende (d. h. künftig erst verfallende Verzugszinse ausschließende) Auslegung zu geben. Wenn also der Richter die an sich begründeten Verzugszinse zwar nicht ausdrücklich zugesprochen, aber auch nicht übergangen, sondern auf irgend eine, direkte oder indirekte, Weise vorbehalten hat, so kann der Anspruch auf dieselben nicht verloren gehen [48]). Und auch dann können sie nicht für verloren gehalten werden, wenn aus den Entscheidungsgründen hervorgeht, daß der Richter nicht darüber erkennen wollte, oder daß er gar nicht daran dachte: wenigstens judicirt ist auch in diesen Fällen darüber nicht.

Die württembergische Praxis ist schwankend in dieser Beziehung. In einem Erkenntnisse vom 27. Mai 1851 nahm der Gerichtshof des Schwarzwaldkreises die Verzugszinsen für nicht aberkannt an; in einem Erkenntnisse vom 9. Juli 1846 für aberkannt. Wäre das Letztere unter allen Umständen anzunehmen, so stände es dem Richter nicht zu, sein eigenes Urtheil nachträglich zu Gunsten des Klägers zu verbessern. Schon das römische Recht gestattet aber dem Richter, an demselben Tage, wo er das Urtheil gesprochen, die Verurtheilung in die Kosten und Zinse nachzuholen [49]). Dasselbe wollen Einzelne, namentlich die Tübinger Juristen, später noch, wenigstens innerhalb der Appellationsfrist gestatten, „da es mit denen Richtern heut zu Tag ganz eine andere Beschaffenheit hat,

---

47) v. Batz, Abhandlungen, Tüb. 1816. nr. 12, wo eine entgegengesetzte Entscheidung, vermuthlich des Ulmer Gerichtshofs, bekämpft wird. Ihm schließt sich an Glück, Pand. Bd. 21. S. 61. Siehe dagegen Bolley a. a. O. S. 912.

48) Seuffert im civilist. Archiv Bd. 1. S. 232. Hartizsch, praktische Rechtsfragen nr. 447.

49) D. XLII, 1. fr. 42. VI, 1. fr. 35, §. 1.

als zu der Römer-Zeiten"; und hiernach wurden auch in einem Falle, wo es sich von einem Rechnungsreste handelte, auf eingereichte Imploration die Verzugszinsen nachträglich noch zuerkannt [50]. Die Appellationsfrist kommt hier nicht in Betracht: denn diese ist eingeführt, um die Rechtsstreitigkeit an den höhern Richter zu bringen, nicht aber um eine Deklaration durch denselben Richter herbeizuführen. Wird von der Appellation Gebrauch gemacht, und gegen das Urtheil im Ganzen Beschwerde erhoben, so kann der höhere Richter ebenso wie früher der Unterrichter auch über Kosten und Zinse urtheilen [51]. Allein der Unterrichter kann nicht sich selbst reformiren, sondern nur sein Urtheil erläutern, wofern er wegen entstandener Zweifel über den Sinn desselben darum gebeten oder durch seine eigene Thätigkeit bei Vollziehung des Urtheils (z. B. bei dem Ansatz der Gerichtssporteln) darauf geführt wird.

50) Cons. Tubing. tom. IX. cons. 65. besonders §. 24.

51) W. A. Schoepff, de processu summi appellationum Trib. Duc. Wirt. Stuttg. 1720. cap. 17. §. 5. und die dort. Angeff.

II.

Ueber die Haftbarkeit der Ausgeber von Werth- und Kreditpapieren, gegen die Inhaber dieser Papiere.

Im Hinblick auf einen Rechtsfall

von

Professor Sachße in Heidelberg.

Am 18. April 1853 Vormittags ließ der Inhaber des Bankhauses G. zu Frankfurt a. M., welcher toscanischer Consul ist, durch beeidigte Sensale eine gedruckte Einladung zur Betheiligung bei einem Prioritäts-Aktien-Anlehn, zur Vollendung der Eisenbahn zwischen Lucca und Pistoja, in Summe von 5,250,000 Lire, mit der Angabe verbreiten, daß hiervon 3,000,000 Lire für die Stadt Frankfurt reservirt worden seien, daß jedoch die Zeichnungsliste nur bis Nachmittags 3 Uhr desselben Tages bereit liegen würde. — Das Einladungsprogramm besagte, daß die Eisenbahngesellschaft, deren Stammaktien ein Kapital von 8,400,000 Lire bildeten, im Interesse dieses Anlehns nicht nur von der toscanischen Regierung zur Creirung der fraglichen Prioritätsaktien bis auf 5,250,000 Lire ermächtigt worden sei, sondern auch daß diese Regierung 5% Zinsen dafür auf 99 Jahre durch zwei Decrete vom 8. Dec. 1852 und 4. März 1853 garantirt habe. Endlich sicherte das Programm den Inhabern der fraglichen Actien den Mitgenuß einer Dividende in der Weise zu, daß „diese Prioritätsaktien gleichmäßig mit den Stammaktien (im Betrage von L. 8,400,000) an dem Mehrertrage der Gesammtstrecke der Eisenbahn von Lucca nach Pistoja participiren" sollten „nachdem die Besitzer der Stammaktien 2½% Zinsen erhalten haben würden". Und ausdrücklich war hierbei bemerkt, daß „nach den, mit großer Genauigkeit aufgenommenen Daten auf eine Rentabilität bei dieser Bahn von bedeutend mehr als 10% zu rechnen seyn dürfe". — Die Einzahlungen auf diese Aktien zum Cours von

93% sollten mit 20% bei der Zeichnung und dann in vier Terminen während des Sommers 1853 (Mai, Juni, Juli und August) gegen Interimsscheine erfolgen, und nach vollständig geschehener Einzahlung wurden den Zeichnern die angeblichen Prioritätsaktien selbst eingehändigt.

Allein, nachdem die Zinszahlungen — die in Frankfurt bei G. selbst, oder in London bei Straham, Paul u. Co. angewiesen waren — seit dem Januar 1855 an beiden Orten plötzlich verweigert wurden und aus London Kunde kam, daß das dortige Haus in einer Weise fallirt habe, in Folge deren die Inhaber desselben bald nachher auf vierzehn Jahre deportirt wurden; da ergab sich nunmehr, daß alle obige Angaben des Programmes in den wesentlichsten Punkten unrichtig waren, und der wahre Sachverhalt stellte sich vielmehr in folgender Weise heraus. — Im Jahre 1845 war allerdings von der toscanischen Regierung die Creirung eines Aktienkapitals im Betrag von 8,400,000 Lire, mit einer Garantie von 4% Zinsen genehmigt, aber dieses Kapital nachher um mehr als die Hälfte, nämlich um 4,892,000 L., also auf die Summe von 3,508,000 Lire reducirt worden, weil die Zeichner der Aktien, verzweifelnd an dem Gelingen des Unternehmens, und selbst auf die Gefahr, bereits geleistete Zahlungen einzubüßen, spätere Einzahlungen hartnäckig verweigerten, die zur Completirung der ursprünglichen Summe erforderlich waren; ja sogar ein großer Theil der Aktien überhaupt nicht anzubringen war. Das wahre Stammaktienkapital konnte also bei dieser Reduction für die Creirung neuer Actien, wenn diese, als Prioritätsaktien, ein Vorrecht auf Befriedigung aus dem Gesammtvermögen der Gesellschaft gewähren sollten, den Prioritätsgläubigern nur um ebensoviel weniger Sicherheit darbieten. Allein diesen später creirten Aktien war auch in der That gar kein solches Vorrecht zugestanden. Vielmehr waren sie nichts als neue Stammaktien und deren Inhaber wider Wissen und Willen dadurch, daß sie ganz in eine Reihe mit den ursprünglichen Aktionärs gestellt waren, zu Mitgliedern der Gesellschaft selbst gemacht und in jeder Weise an die Statuten der Letzteren, sowie an alle Obliegenheiten der ursprünglichen Aktionärs gebunden worden. Um den Ausfall des älteren Stammkapitals, der nach Obigem nicht weniger als 4,892,000 L. betrug, zu decken, waren, zu einer Vermehrung des letzteren, neue Actien im Betrag

von 5,250,000 Lire creirt worden. Aber die angebliche Priorität derselben bestand lediglich darin, daß die toscanische Regierung ihre, für das ältere Kapital ertheilte Zinsgarantie, und zwar nur bis auf die Summe von 4,500,000 L. auf dies neue Kapital in der Weise unter Erhöhung der Zinsen von 4 auf 5% mit ausgedehnt hatte, daß nach dem Dekrete vom 8. Dec. 1852. Art. 2. jährlich 225,000 L. den neuen Aktieninhabern zu Gute kommen sollen. Auch dieses Zugeständniß erreichte also nicht einmal die ausgeschriebene Summe von 5,250,000 L., sondern blieb um 750,000 L. hinter ihr zurück, und der geringe Vorzug in Betreff der Zinsforderung, der hierdurch geboten wurde, wenn er wegen des bedeutenden Minderbetrags der Kapitalsumme, für die er zugestanden worden war, überhaupt in Anschlag gebracht werden kann, gibt den Aktieninhabern offenbar gar kein Vorrecht in Betreff ihrer Hauptforderung. Dazu kommt aber überdies, daß auch sogar diese beschränkte Garantie noch an mehrere Bedingungen geknüpft war, deren Erfüllung theils den Umständen nach nicht im Geringsten unter dem Einflusse der Aktienerwerber stehen konnte, obwohl ihnen ein Stimmrecht in der Gesellschaft, wie den älteren Aktieninhabern, ertheilt war; theils sogar, dem wahren Sachverhalte nach, von vornherein entweder unmöglich, oder für die Aktieninhaber wenigstens schlechthin unerweisbar war. Denn jene Garantie war von der toscanischen Regierung erstens nur unter der Bedingung ertheilt, daß die ganze fragliche Bahnstrecke bis Ende des Jahres 1854 vollendet seyn würde, und ob eine Hoffnung hierzu unter den hier oben angeführten Umständen am 18. April 1853, als an dem Publikationstage des angeführten Programmes, noch möglich war —, diese Frage verneint sich wohl hinreichend von selbst. Mit der Nichterfüllung dieser Bedingung sollte aber die ganze Garantie von selbst null und nichtig werden. Thatsächlich war sie dies daher auch schon zu der Zeit, wo jenes Programm in Frankfurt publicirt wurde; wenigstens konnte ihr schon damals nur ein sehr geringes und schwankendes Vertrauen geschenkt werden. Aber auch eine zweite Bedingung annullirte jene Garantie in der That schon vom Anfange an so gut, wie gänzlich, da letztere zugleich nur auf solche Summen beschränkt war, welche wirklich auf die fragliche Bahn verwendet, oder bis dahin unverzüglich in die öffentlichen Kassen des Großherzogthums Toscana niedergelegt würden.

Wenn nun aber hieraus eine Menge von Unrichtigkeiten in den Angaben des Programmes theils hinsichtlich des ursprünglichen Stammkapitals der Aktiengesellschaft, theils in Betreff der Aktien selbst ihrer Qualität nach, da sie gar keine Prioritätsaktien waren, theils rücksichtlich der Garantien der toscanischen Regierung und endlich nach alle dem jedenfalls auch wegen der in Aussicht gestellten Dividende auf das handgreiflichste sich ergibt, so zeigen sich sehr wesentliche Unrichtigkeiten auch in der Angabe des Programms, daß von der Gesammtanlehnssumme von 5,250,000 L. der Betrag von 3,000,000 Lire für Frankfurt „reservirt" worden wäre. Denn während die Zeichner der Aktien hierdurch nothwendig zu der Ansicht kommen mußten, daß der Einladende im Auftrage der Aktiengesellschaft, ja wohl gar, als toscanischer Consul, der Regierung selbst handle, so war die Wahrheit vielmehr die, daß jene, für Frankfurt zu 93% angeblich reservirten Aktien bereits zu 60% in London, jedoch ohne Erfolg, ausgeboten und endlich von dorther zu letzterem Course dem Hause G. zur Disposition gestellt worden waren, um in Frankfurt einen weiteren Versuch mit dem Verkaufe derselben zu machen.

Auf Grund aller dieser Angaben hatte nun einer der Aktieninhaber mit der Kaufklage wegen Betrug gegen G. auf Rückzahlung des Kaufpreises von 93% geklagt und unter dem 12. Sept. 1856 einen Bescheid des Stadtgerichts I. der freien Stadt Frankfurt erhalten, welcher den Beklagten zu dieser Rückzahlung sammt Zinsen und Kosten hauptsächlich aus dem Grunde verurtheilt, weil dem Kläger, und zwar ohne dessen eigene Verschuldung, allerdings ein ganz anderes, als das verabredete Vertragsobjekt, — nämlich Stammaktien (welche ihm alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft mit auferlegen), aber keine Prioritätsaktien (durch die jene Gesellschaft sich selbst ihm zur Schuldnerin gemacht hätte) — geliefert worden sei. Das Urtheil unterstellte sehr richtig, daß die Ausdrücke „Anlehn" und „Prioritätsaktien", deren das Programm sich bedient, nicht auf eine bloße Vermehrung des älteren Kapitals, sondern auf Schuld- und Darlehns-Verhältnisse zwischen der Gesellschaft und den neuen Aktieninhabern hindeuteten und hiergegen sogar der Umstand kein Gewicht haben könne, daß Letzteren ein Stimmrecht mit den älteren Aktieninhabern und eine Dividende zugesichert worden sei. Denn warum kann der Gläubiger nicht auch

solche Rechte zur besseren Sicherung seiner Forderung haben, oder warum müßte er mit diesen Rechten auch allen Verpflichtungen seines Mitcontrahenten sich unterwerfen? Bei genauerer Betrachtung ergab sich aber eine Reihe von wichtigen, unser heutiges Verkehrsleben betreffenden Rechtsfragen, durch deren Beantwortung wir zu nachfolgender Erörterung geführt wurden, welche wohl nicht dadurch gelitten hat, daß wir die gewonnenen allgemeinen Sätze sofort auf den vorgelegenen Rechtsfall angewendet haben. Wir gehen hierbei von dem Wesen der Obligationen und der Cession, als der gewöhnlichen, und streng genommen sogar einzig möglichen Art, obligatorische Rechte zu übertragen, aus. Denn obwohl ein ähnlicher Zweck, wie der der Cession, sonst bei Obligationen auch durch eine Novation sich erreichen läßt, so ist diese doch nicht ebenfalls eine Uebertragung des bisherigen, sondern Begründung eines ganz neuen Rechts, wovon später die Rede seyn wird.

§. 1.

Papiere „auf Inhaber" sind Obligations- oder Schuldscheine; jede Uebertragung derselben ist eine Cession.

Das Wesen der Obligationen liegt bekanntlich darin, daß die Obligation für sich selbst noch gar nichts Aeußeres zu ihrem Gegenstande, sondern nur zuletzt zu ihrem Zweck und Ziel hat. Ein Eigenthum ist nicht denkbar, ohne die Sache, in der es, um selbst zu existiren, wahrhaft sich verkörpern muß [1]. Aber ein Vertrag ist auch über eine noch nicht bestimmte (z. B. erst durch Wahl zu bestimmende), ja sogar noch nicht einmal existirende Sache (de spe et re sperata), wenn letztere nur möglich ist, giltig. Und selbst dieser Möglichkeit bedarf es eigentlich nicht um der Obligation, sondern um ihres Zweckes willen; weil ohne dies Erstere durch Zwecklosigkeit ihre praktische Bedeutung völlig verlieren, also hierdurch mit der Idee des Rechts in einen Widerspruch treten würde. Denn ein Recht, das lediglich für die Gedanken existiren könnte, ist undenkbar. Der Zweck, durch dessen Erreichung die Erfüllung der Obligation erfolgt, liegt also blos außerhalb oder hinter ihr selbst

1) Mit vielem Scharfsinne ist der Begriff des Eigenthums aus diesem Standpunkte dargestellt in dem soeben erschienenen Werke von Pagenstecher, die röm. Lehre vom Eigenth. Heidelb. 1857. 8. §. 1. (S. 3 ff.)

in der Zukunft, und die Erfüllung wirkt zerstörend auf sie nur zurück, weßhalb sie selbst bekanntlich durch die Erfüllung oder in der Erreichung ihres Zweckes stets erlischt. Am Eigenthume hingegen bleibt nichts übrig zu erfüllen; sondern das Recht selbst kann durch Verfügung über die Sache nur ausgeübt werden. Es hat keinen weiteren Zweck, als sich selbst; es ist ein reales Recht im strengsten Sinne des Wortes. Eine Obligation aber ist für sich selbst nur ein ideelles Recht; jedoch niemals blos um ihrer selbst, sondern um eines zu realisirenden Zweckes willen da, durch den sie ihre rechtliche Bedeutung gewinnt.

Wenn nun aber in dieser Weise zwischen Obligation und Zweck zu unterscheiden ist, so bleibt als der einzige wahre und unmittelbare Gegenstand, woran Erstere für sich selbst haftet oder worauf sie sich bezieht, nichts Anderes zu denken, als der Wille [2]) und die Persönlichkeit, die nur in dem Willen eines bestimmten Rechtssubjektes sich kundgeben kann, oder der intellektuelle, durch den rechtsfähigen Willen zur Einheit verbundene Inbegriff aller, jenem Willen unterworfener äußeren Güter, die in dieser Einheit das Vermögen des fraglichen Rechtssubjekts ausmachen. Denn das Band, wodurch diese Güter zur Einheit, als Vermögen mit einander verschmolzen werden, läßt sich ja nicht äußerlich in ihnen selbst, sondern nirgends wo anders suchen, als in dem Willen oder der Persönlichkeit ihres Eigenthümers. Im Verhältnisse zu den Obligationen erscheinen sie daher nur als Mittel, um den Zweck der Ersteren zu realisiren. Rechtlicher Wille, Persönlichkeit und Vermögen sind aber sonach nur verschiedene Ausdrücke für Eins und Dasselbe, und es ist also ganz gleichgültig, ob man von den Obligationen, wie Manche lieber wollen, sagt, sie haften lediglich am Vermögen, oder an der

---

2) Man sagt gewöhnlich: der Gegenstand einer Obligation sei eine Handlung! — Aber doch wohl nicht die vollbrachte Handlung? Denn diese zerstört die Obligation als deren Erfüllung und kann mithin, als etwas, erst mit dem Untergange der Obligation Eintretendes, nicht schon als Gegenstand der bestehenden, sondern nur als Zweck derselben gedacht werden. Was aber ist die blos gedachte und gewollte Handlung Anders, als eben nur ein Wille? Nur ein solcher kann folglich wirklicher Gegenstand der Obligation seyn. Eine Handlung dafür anzunehmen, kann nur zu Trugschlüssen führen.

Persönlichkeit, oder deutlicher gesprochen an dem durch den bestimmten Zweck der Obligation näher bestimmten Willen selbst. Auch der Vertrag in Wort, Schrift ꝛc. und jedes ähnliche Moment zur Begründung einer Obligation ist nicht die Obligation selbst, sondern nur das äußere, wiewohl nothwendige Mittel, um den Willen eines Rechtssubjektes nach außen hin zu beurkunden und mit dem Willen oder der Rechtssphäre eines anderen in Berührung zu bringen [3]. — Da nun aber der Wille immer nur als der eines für sich bestimmten Subjektes sich denken läßt; so ergibt sich daraus nicht nur, daß jedes Rechtssubjekt nothwendig auch nur ein einziges Vermögen haben kann, woran dessen Obligationen haften (denn bloße Fiktionen sind es, wo in seltenen Ausnahmen etwas

3) Das Weitere hierüber gehört der Rechtsphilosophie an. Doch ist hier, zur Erläuterung des Gesagten, wenigstens Ein Gesichtspunkt bemerkbar zu machen. Wie der Gedanke eines Sprechenden durch das Wort zur Mittheilung kommt, so daß ihn der Hörende faßt und wahrhaft sich aneignet; ebenso auch der Wille, der nur ein Gedanke, nur der, zu dem Gedanken eines Ereignisses hinzutretende Gedanke seiner **Verwirklichung** durch **unsere** Kräfte ist. Durch den Vertrag wird also der Wille eines jeden Contrahenten zum Gemeingute Beider, oder durch Mittheilung und Einwilligung mit dem Willen des Anderen identificirt. Wenn aber jeder von Beiden auf diese Weise, durch Austausch, den Willen des Anderen mit dem seinigen identificirt hat; so kann auch bei Keinem von ihnen der Wille noch als rechtlich frei und unabhängig von dem Willen des Andern gedacht werden; die beiderseitige Mittheilung und Einwilligung hat ihn zum Gemeingute gemacht. Freilich kann dabei der Verpflichtete noch immer widerrechtlich seinen Willen der Banden entledigen, in die er ihn binden ließ; aber auch eine äußere Sache kann ja geraubt, gestohlen und veruntreut werden. Auch eine solche Widerrechtlichkeit kann jedoch nur auf die Nicht-Erfüllung oder den Zweck der Obligation; nicht auf Zerstörung des eigentlichen Bandes der Letzteren selbst gehen. Denn wie der, einem Anderen einmal mitgetheilte Gedanke aus dessen Bewußtseyn sich nicht wieder zurücknehmen läßt; so kann auch der einmal mit dem Willen des Anderen indenticificirte Wille nicht einseitig widerrufen werden. Selbst beiderseitige Einwilligung kann nur die Zweckerfüllung der Obligation, durch Abschließung einer neuen Obligation, aufheben; aber nicht das durch Willensmittheilung einmal geschlossene Band der älteren gänzlich lösen.

Anderes gilt); sondern auch, daß jede Obligation den Willen eines individuell bestimmten Verpflichteten, um hieran zu haften, zum Gegenstande haben muß. Wie das Eigenthum nicht ohne einen bestimmten Träger des Rechts und eine bestimmte Sache denkbar ist, in der es verkörpern muß, um da zu seyn; so ist auch keine Obligation ohne bestimmte Persönlichkeit, als dem Träger der Pflicht, denkbar. Sie kann nur in der Person des Schuldners verkörpern; Letztere ist hier das, was die Sache dort ist.

Aus Alledem folgt aber, daß die rechtliche Natur einer Obligation schlechterdings auch nicht verstattet, sie in derselben Weise, wie einen äußeren Gegenstand zu veräußern und von einem Berechtigten auf den anderen durch Singularsuccession zu übertragen. Denn nur ein äußerer Gegenstand hat seinen Werth schon in und an sich selbst, wenn gleich auch er im Verkehre und in der Meinung derer, die ihn als Waare suchen, im Marktpreise steigen oder fallen kann. Hingegen eine Obligation kann ihren Nominalwerth nur in der Zahlungspflichtigkeit oder Haftbarkeit, also Persönlichkeit eines Schuldners haben; dagegen ihren Cours- oder Taxwerth, also den Marktpreis, nur in dem Vertrauen, das Andere in die Zahlungsfähigkeit und Bereitwilligkeit ꝛc. eben des Schuldners setzen, und um deßwillen sie die Obligation, wie eine Waare, suchen. Nur eine Sache läßt sich daher ohne Weiteres von Hand zu Hand geben. Nur bei ihr ist eine Singularsuccession wirklich denkbar. Denn sobald ihr bisheriger Eigenthümer bei der Tradition auf sein dermaliges Eigenthum zu Gunsten des neuen Erwerbers verzichtet, so muß nothwendig Letzterer ein neues Eigenthum, durch Ergreifung der im Momente der Tradition für ihn herrenlos werdenden Sache, erwerben, und auf ihn geht, da der bisherige Eigenthümer verzichtet hat, nichts weiter, als die Sache selbst, jedoch nur in dem Zustande, also mit allen ihr bereits anhaftenden Rechten Dritter, über, in welchem sie bei dem Verzichte sich befand. Hier findet demnach eine wirkliche Singularsuccession statt. Der neue Erwerber hat, wie früher der Veräußerer, nur an der Sache ein Recht, in dem Umfange, wie vorher jener, und lediglich die abstrakte Verpflichtung aller Menschen, ihn in seinem Rechte nicht zu stören, steht seinem Rechte gegenüber. Nur derjenige, der diese Pflicht verletzt, tritt hierdurch in ein concretes Rechtsverhältniß zu dem Eigen=

thümer wieder ein. Von einer Succession aber läßt sich hier mit Recht allerdings insofern sprechen, als die Sache nicht blos körperlich, sondern zugleich ihrem Werthe und Zustande nach ganz so, wie sie unter der Hand des Veräußerers war und ward, durch die Tradition auf den Erwerber übergeht, der also jenem hier wirklich succedirt. — Hingegen kann Niemand in ähnlicher Weise, wie eine Sache von Hand zu Hand, auch den ihm verpflichteten Willen eines Anderen, und mithin ebenso wenig, durch Verzicht auf seine eigenen bisherigen Ansprüche an jenen Willen zu Gunsten einer neuen Erwerbers, eine Obligation von Mund zu Mund an einen Dritten veräußern. Denn nur bei der Eigenthumsveräußerung ist sofort mit der Tradition Alles, was zur Veräußerung der Sache, sammt ihrem Werthe nöthig ist, vollzogen. Dagegen würde bei einer Obligation, sobald der Veräußerer als Berechtigter zu Gunsten des Erwerbers *seinen* Willen aufgeben wollte, durch den der Wille des Schuldners gebunden ist, hierdurch sofort auch dessen Wille, der sich nicht durch Tradition dem neuen Erwerber unterwerfen läßt, seiner Banden ebenso ledig werden, und in Ermangelung irgend eines nun noch vorhandenen Gegenstandes der Obligation, würde auch jedes daraus entspringende oder abzuleitende Recht erloschen seyn[4]). Ganz richtig beurtheilt daher auch wirklich von diesem Standpunkte aus das römische und mit ihm das gemeine Recht in Deutschland dieß Alles, wenn es annimmt, daß eine Obligation, ohne Unterbrechung ihrer Fortdauer durch Novation, also so wie sie wirklich von vornherein gegen einen individuell bestimmten Verpflichteten einmal bestanden hat, nur durch *Cession* sich über-

4) Man vergl. hierüber besonders *Wening-Ingenheim*, Lehrbuch des gem. Civilrechts. München 1837. 8. Bd. II. §. 209, dessen Darstellung principiell ganz mit Obigem übereinstimmt. — *Kuntze*, die Obligation und Singularsuccession. Leipzig 1856. 8. S. 76 sagt sehr richtig: „Ablösung des *Subjekts* (Gläubigers oder Schuldners) vom obligatorischen Rechte löst nicht blos dieses individuelle Rechtsverhältniß, sondern greift *das Objekt selbst* an, indem mit dem Untergange des obligatorischen Bandes das von diesem geschlossene und getragene (künstliche) Objekt schwindet.“ — Uebrigens finden sich die hierauf bezüglichen neuern Ansichten von *Windscheid*, *Brinz* und Anderen in diesem Buche zusammengestellt, wo, freilich unter vielem Exaltirten, doch auch recht viel sehr Scharfsinniges eingestreut ist.

tragen lasse; daß sie selbst also keineswegs für den ursprünglich Berechtigten, als Cedenten, wie das Eigenthum bei einer Singularsuccession für den Veräußerer, gänzlich und schlechthin erlöschen könne; sondern daß der Cessionar, auf den sogar nach älterem Rechte bekanntlich nur die Klagen übergiengen, vielmehr als bloßer Stellvertreter des immerfort den Schuldner noch verpflichtenden und an dem Rechtsverhältnisse betheiligten Cedenten, nur in dessen Namen, obwohl zu seinem eigenen Vortheile, nämlich als procurator in rem suam, die Forderung geltend zu machen habe. Denn unter diesen Umständen bleibt die Obligation, wie sie anfangs bestand, allerdings auch nach der Cession unverändert bestehen, weil der Cedent gar nicht aus dem Verhältnisse heraus, und der Cessionar ebenso wenig in dieses wirklich hineintritt. Der Schuldner bleibt vielmehr dem Cedenten selbst, als seinem Mitcontrahenten, verbindlich. Das obligatorische Verhältniß ist und bleibt für den Cessionar ein fremdes. Er ist in Beziehung hierauf nur procurator des Cedenten. Aber gleichwohl wird die Absicht erreicht, die Obligation nunmehr für einen Dritten als Cessionar geltend zu machen; weil in Beziehung auf den, hinter ihr liegenden Zweck derselben, der Cessionar jetzt für sich, oder in rem suam die Erfüllung dieses Zweckes zu verlangen hat. Nur von diesen Gesichtspunkten aus ist es möglich, zu einer Klarheit darüber zu gelangen, was eigentlich ein procurator, der dieß gleichwohl in rem suam seyn solle, sei und seyn könne.

Dagegen würde eine Novation mit einer Singularsuccession in das Eigenthum allerdings die Aehnlichkeit haben, nicht das bisherige Recht zu übertragen. Sondern durch den Verzicht des bisherigen Berechtigten zu Gunsten des neuen Erwerbers würde Letzterer bei der Novation ein ganz neues, wiewohl dem älteren vollkommen entsprechendes Recht erwerben. Allein beim Eigenthum, wo kein Dritter als Schuldner betheiligt ist, läßt sich wenigstens die äußere Sache ihrem Werthe und Zustande nach successionsweise übertragen, was bei einer Obligation, wo es keine Sache, wohl aber einen Schuldner gibt, unmöglich ist. Jener Verzicht kann daher hier, dem Schuldner gegenüber, damit dieser nicht sofort ganz frei werde, nur unter der Bedingung geleistet werden: dafern er in ein neues Verhältniß mit dem Dritten eintreten würde. Eine Novation setzt daher allemal

die Nothwendigkeit einer Mitbetheiligung des Schuldners voraus, während eine Singularsuccession in das Eigenthum einer Sache ohne dieß stattfindet. Wie zur Eigenthumsübertragung die Tradition der Sache nothwendig ist, so auch zur Novation einer Obligation die Mitbetheiligung des Schuldners. Denn was hier der Letztere gilt, gilt dort die Sache, in der das Eigenthum, wie die Obligation in der Person des Schuldners, sich verkörpert. Eine Singularsuccession in eine Obligation wie in das Eigenthum würde mit dem ganzen Wesen der Obligation schlechthin im grellsten Widerspruche stehen. Denn succediren in eine Obligation kann man, weil diese nichts Aeußeres, sondern hierbei nur der Wille durch den Willen gebunden ist, blos dann, wenn man in den Willen eines Anderen succedirt, und dieß ist nur bei der Universalsuccession in die ganze Persönlichkeit entweder des Gläubigers, oder des Schuldners denkbar. Der Wille des Gläubigers, wie der des Schuldners läßt sich von der ganzen Persönlichkeit Beider nicht trennen und als etwas Gesondertes auf einen Dritten übertragen, wie eine Sache, die von dem Willen des Eigenthümers allerdings trennbar ist [5]). Offenbar hat Renaud, der die Uebertragung der Obligationen „auf Inhaber" als Singularsuccession betrachtet wissen will, hierbei zu viel Gewicht auf die leichtere Uebertragbarkeit solcher Obligationen gelegt. Vgl. Zeitschr. für deutsches Recht Bd. XIV. S. 315 ff.

Daß das bisher Gesagte, so wie es als Vernunftnothwendigkeit aus dem Wesen der Obligationen sich ergibt, in der That der positiven Bedeutung der Cession entspricht, ergibt sich unter Anderem auf das Unzweideutigste aus Mühlenbruch, die Lehre von der Cession der Forderungsrechte, dritte Ausg. Greifswalde 1836. 8., besonders S. 222 [6]).

---

5) Eine Sache, wenn auch ursprünglich als Werk ihres Erzeugers durch dessen Willen hervorgebracht, und selbst fortdauernd bis zu ihrem Untergange durch jenen existirend; ist dennoch durch ihn vollständig objektivirt, und nicht mehr blos für ihn allein vorhanden. Darum ist bei ihr eine Singularsuccession möglich, wodurch sie auf Andere, für die sie ebenfalls objektiv vorhanden ist, übergehen kann. Eine Obligation ist dagegen etwas rein Subjektives und für Niemanden vorhanden, als für die, die sie geschlossen haben.

6) „Am einfachsten bestimmt man das Wesen der Cession, wohl auf fol-

Dasselbe, was hiernach von der ersten Uebertragung eines Forderungsrechtes gilt, muß nun aber nothwendig in gleicher Weise auch bei allen weiteren Uebertragungen desselben gelten, wodurch jenes Recht von dem ersten Cessionare auf einen zweiten, dritten ꝛc. übergeht. Nur der erste Erwerber desselben, der selbst mit dem Schuldner contrahirte, kann diesen festhalten, und eine Obligation, die für einen oder den anderen der ursprünglichen Interessenten wirklich aufgehört hat zu bestehen, kann überhaupt, ohne ganz von Neuem geschlossen zu werden, gar nichts Bestehendes mehr seyn.

Da jedoch die Cession immer nur auf den äußeren Gegenstand, als den Zweck der Obligation geht, so haftet jeder Cedent seinem Cessionare zwar für die Existenz des fraglichen Zweckes, d. h. dafür, daß der Gegenstand so, wie er ihn der Qualität und Quantität nach angegeben hat, wirklich Zweck seiner Obligation sei; aber — ohne zugleich für den Schuldner, welcher diesen Zweck erfüllen soll, ausdrücklich sich verbürgt zu haben, — auch nur dafür. Allerdings hat er daher auch die obligatorische Klage, als das Mittel zur Erreichung jenes Zweckes, dem Cessionare zu überlassen. Allein insoweit überdieß die wirkliche Erreichung des fraglichen Zweckes etwa von dem Willen und der Persönlichkeit des Schuldners, als dem unmittelbaren Gegenstande der Obligation für sich, noch abhängig seyn könnte, läßt keine Verantwortlichkeit des Cedenten, auch für alles dieß einzustehen, aus der Cession selbst sich ableiten. Der Cedent haftet nur für die

gende Art, wenn man sagt: Cession ist die Uebertragung der Befugniß, ein fremdes Forderungsrecht als eigenes geltend zu machen." — S. 224: "Als fremdes erscheint das Recht nicht nur, weil auch noch nach der Uebertragung der bisherige Inhaber darauf einwirken (z. B. wenigstens bis zur erfolgten Benachrichtigung noch durch Zahlung, Compensation ꝛc. die Forderung tilgen) kann; sondern weil das übertragene Recht, bis ihm ein Ende gemacht ist, seinen wesentlichen Wirkungen nach immer noch als ein Recht des ursprünglichen Gläubigers behandelt wird." — Derselbe Gedanke aber, — woran wir nur das auszusetzen finden, daß hiernach die Obligation selbst gewissermaßen als übertragen betrachtet wird, während es sich bei der Cession vielmehr um deren Zweck handelt, — zieht sich wie ein Faden durch das ganze Mühlenbruch'sche Werk hindurch. Vergl. S. 501 ff.

rechtliche Möglichkeit der Erreichung jenes Zweckes, die von der Wirklichkeit seiner rechtlichen Begründung abhängt; aber nicht auch für die thatsächliche Wirklichkeit seiner Erreichung, wobei äußere Umstände, und besonders die persönlichen Eigenschaften des Schuldners in Frage kommen. Denn ohne besondere Verabredung ist Jeder nur für die etwaige Erfüllung der Verbindlichkeiten seiner eigenen Person verantwortlich, aber nicht für die Person eines Dritten, und in der Cession, wodurch dem Cessionare nur ein Recht des Cedenten übertragen werden soll, liegt nichts, woraus auch eine Pflicht des Letzteren, für die persönlichen Eigenschaften des Schuldners zu haften, sich entnehmen ließe. Vielmehr sagt sich der Cedent zu Gunsten des Cessionars nur von dem Zwecke der Obligation oder davon los, dessen Erfüllung zu seinem eigenen Vortheile zu fordern, und überläßt es jenem, die Leistung von dem Schuldner zu fordern, wie er selbst kann und mag. Also nur für die Zahlbarkeit des fraglichen Gegenstandes, und damit zwar auch für die Zahlungspflichtigkeit und Haftbarkeit des Schuldners, den Zweck der Obligation zu erfüllen, aber nicht für die Zahlungsfähigkeit, Bereitwilligkeit, Redlichkeit oder irgend welche ähnliche Eigenschaften des Letzteren hat der Cedent, dem Wesen der Cession nach, einzustehen. Alle weitern Verpflichtungen setzen Betrug oder besondere Verabredungen voraus, in denen in der That nichts Anderes, als eine Verbürgung für die Person des Schuldners liegt. Daraus folgt, daß der Cedent, wie dieß auch von den Gesetzen überall bestätigt wird, jedenfalls für die veritas nominis, jedoch (ohne besonderer Verabredung oder Empfehlung des Schuldners) abgesehen vom Dolus, keineswegs auch für die bonitas nominis einzustehen habe. Denn bei Letzterer, welche nur in der Leichtigkeit für den Gläubiger zu seinem Zwecke kommen zu können besteht, kommen lediglich die persönlichen Eigenschaften des Schuldners, nicht die der Forderung an sich, in Frage. Gut ist eine Forderung, je weniger es neben ihr selbst noch anderer Mittel zu ihrer Eintreibung bedarf, je reicher, redlicher, sicherer für seine Person der Schuldner selbst also ist, oder je vollständiger die, zu jenem Zwecke etwa nöthigen Mittel, um für seine persönlichen Eigenschaften Aushülfe zu leisten, zugleich mit ihr gegeben sind.

Alle diese Umstände aber sind es, welche eine Forderung auch

leicht veräußerlich machen und mithin ihr einen besonderen Courswerth zu verleihen im Stande sind, der durch den Credit des Schuldners bedingt ist. Hingegen die Wahrheit einer Schuld besteht darin, daß sie so, wie sie angegeben wurde, auch wirklich begründet sei und existire. Denn wahr ist alles Ausgesagte und Vorgestellte, was der objektiven Wirklichkeit entspricht. Bei der Wahrheit einer Forderung aber werden demnach drei Seiten derselben sich unterscheiden lassen. Nämlich vor Allem zuerst und hauptsächlich die, daß der angegebene Schuldner selbst wirklich existire. Denn eine Schuld, der es an einem Träger gänzlich fehlt, existirt ebensowenig, wie eine bestimmte Schuld, deren Träger gleichwohl ein ganz Anderer, als der angegebene ist. Zweitens die Seite der quantitativen Wahrheit, oder daß die wirkliche Schuld ihrem Umfange und ihrer Quantität oder ihrem Nominalwerthe nach mit den Angaben des Cedenten übereinstimme. Denn nur auf die nominelle Größe der Forderung selbst, nicht aber auf den Credit, den der Schuldner verdient, also auch nicht auf den, erst hiervon abhängigen Courswerth, und ebensowenig auf den Preis, den der Cedent selbst dafür erhielt, kann die Cession an sich gerichtet seyn. An der quantitativen Wahrheit aber fehlt es natürlich auch, wenn gar kein Schuldner, folglich auch gar keine Haftung des angeblichen Schuldners für den Nominalwerth der Forderung existirt. Denn dann ist ja der ganze Nominalwerth seinem Gesammtumfange nach eine Lüge. Drittens haftet der Cedent endlich noch für die qualitative Wahrheit, d. h. für alle, von ihm angegebene Eigenschaften der Forderung: also hauptsächlich dafür, daß sie wirklich aus dem von ihm angegebenen Rechtstitel herrühre. Denn der Rechtstitel bedingt wiederum die Existenz der ganzen Forderung, und gibt dieser ihren rechtlichen Charakter. Auch bei ihm handelt es sich also um die Wahrheit der Forderung selbst. Die Angabe, daß eine Forderung nicht auf ein bloßes Darlehen, sondern etwa auf rückständiges Kaufgeld gerichtet sei, kann und wird zwar in der Regel auch ihre Güte erhöhen; aber nur weil zunächst die Forderung selbst einen besonderen rechtlichen Charakter, und erst in Folge davon, in dem ihr anhaftenden Pfandrechte, der Gläubiger ein neues Zwangsmittel gegen den Schuldner gewinnt. Hat sie aber diesen Charakter, wie er angegeben wurde, nicht, so fehlt es an ihrer Wahrheit; gleichviel ob

im Uebrigen der Schuldner reich oder arm, also zahlungsfähig oder nicht, und mithin ein Pfandrecht, um zugleich die Güte der Forderung zu erhöhen, mehr oder weniger nützlich ist ꝛc. Nur an der Güte würde es dagegen einer Forderung fehlen, wenn ihr Titel zwar wirklich der angegebene, aber die Sache, worauf sie als rückständiges Kaufgeld haftete, mit ihrem Werthe die Summe nicht zu decken im Stande wäre; der Gläubiger also genöthigt seyn würde, wegen des Ueberrestes, den er aus dem Pfandobjekte nicht erlösen kann, sich blos an die Person des Schuldners zu halten. Einen solchen besonderen, die Wahrheit der Forderung betreffenden Charakter, erhält diese aber auch durch ausdrückliche Pfandbestellung, Bürgschaft oder Garantie eines Dritten. Denn auch wenn es hieran, den Angaben zuwider, fehlt; so gebricht es theils an einem Nebenobjekte der Forderung selbst, worauf sie gerichtet werden könnte, theils an einem Nebenschuldner, gegen den sie sich geltend machen ließe. Wenn nun aber die Gesetze den Cedenten für die Wahrheit der Forderung verbindlich machen, so geht diese Verbindlichkeit offenbar dahin, daß er zunächst eine, mit der von ihm versprochenen, in allen diesen Punkten genau übereinstimmende Forderung; oder, wenn er dieß nicht vermag, vollen Ersatz dafür zu leisten hat. Dieser Ersatz kann aber nicht der Preis, den er dafür erhielt, sondern nur der Nominalwerth der Forderung selbst seyn, denn hierin hat die Letztere ihre eigene, quantitative Wahrheit, weßhalb sie auch stets nach dem Nominalwerthe, nicht aber nach dem Kauf- oder Courspreise, verzinst wird. Wollte man jedoch den hier gemachten und unten noch weiter anzuwendenden Unterschied zwischen Nominal- und Courswerth verwerfen, so würde man damit, wie sich leicht begreift, auch den von den Gesetzen dennoch ganz anerkannten Unterschied zwischen Wahrheit und Güte einer Forderung nicht minder verwerfen, da beide Unterscheidungen im engsten Zusammenhange stehen, ja sogar vollkommen in Eins zusammenfallen.

Somit steht also auch für den vorliegenden Fall fest, daß bei Uebertragung einer Obligation, — und zwar, wie im folgenden Paragraphen sich noch genauer zeigen wird, selbst wenn es dabei um ein Papier „auf Inhaber" sich handeln sollte, — in keinem Falle, so lange sie wirklich in ihrer ersten Ursprünglichkeit, ohne

Novation, fortbestehen soll, das Verhältniß des ursprünglichen Verpflichteten zum Berechtigten schlechthin aufgelöst werden kann; daß aber auch jeder Cedent seinem Cessionar in der angegebenen Weise mindestens für die veritas nominis zu haften habe. Andererseits aber ergibt sich zugleich aus der wohl unleugbar verbreitetsten und gewiß richtigen Ansicht der Rechtslehrer über die Natur solcher Rechtsverhältnisse, daß es im vorliegenden Falle auch wirklich um obligatorische Rechtsverhältnisse und mithin, bei Uebertragung der hieraus entspringenden Forderungsrechte auf die Zeichner der fraglichen Aktien, um nichts Anderes, als um eine, durch deren Verkauf bewirkte Cession, als die aus dem Wesen der Obligationen selbst hervorgehende Art, sie zu übertragen, sich handelte und handeln konnte. Vor Allem ist jedoch hierbei noch zu vergl. l. 7. Cod. de hered. vel act. vend. (439) post nominis venditionem, utiles emtori, vel ipsi creditori postulanti dandas actiones. — ib. l. 3. nominis venditio etiam ignorante vel invito eo, adversus quem actiones mandantur, contrahi solet. — l. r. Cod. de novat. (S. 42), l. 8. de hered. vel. act. vend. l. l. — Denn diese und viele andere Stellen beweisen, daß der Verkauf einer Forderung stets die Cession derselben in sich selbst einschließe oder mit sich bringe. — Für alles Obige aber spricht sich auf das Unzweideutigste aus Thöl, Handelsrecht, Bd. I. §. 54 [7]).

Gönner, von Staatsschulden. München 1826. Bd. I. §. 69. S. 227 ff. [8])

---

7) „Die Papiere auf Inhaber sind an und für sich kein Papiergeld. Sie sind vielmehr Beweisurkunden“ (das, was sie beweisen sollen, ist und bleibt also eine, von ihnen selbst wohl zu unterscheidende Obligation). — „Der Veräußerer eines Papieres auf Inhaber ist Cedent der durch dasselbe bewiesenen Forderung.“

8) „Eine Schuldforderung kann ohne und selbst gegen den Willen des Schuldners von dem Gläubiger an einen Anderen übertragen werden; man nennt diese Uebertragung im Allgemeinen Cession, welche die Römer, wenn ihr ein oneroser Titel zum Grunde liegt, als den Verkauf einer Klage oder einer Forderung angesehen haben ꝛc.“ — S. 229: „Bei Staatspapieren kommt alles dieses gleichmäßig zur Anwendung; jedoch hat darauf der Unterschied, ob sie auf den Namen eines bestimmten Gläubigers, oder statt dessen auf jeden Inhaber (au porteur) lauten ꝛc. einen wesentlichen Einfluß.“ — S. 231: „Bei

Blume, System des in Deutschland geltenden Privatrechts. Bonn 1852. S. 216 ff. §. 306. [9]) und Andere.

Aber auch Andere, indem sie theils die obligatorische Natur solcher Rechte ausdrücklich anerkennen, theils die Unanwendbarkeit des Anastasischen Gesetzes bei ihnen, als Ausnahme von einer sonst geltenden Regel, hervorheben, geben dadurch, selbst wenn sie dieß, unter Vertheidigung abweichender Ansichten, in Abrede stellen möchten, gleichwohl nicht undeutlich zu erkennen, daß eigentlich, auch nach ihrer wahren Meinung, im Wesentlichen nur die Grundsätze von der Cession hier übrig bleiben, um hiernach die Uebertragung solcher Rechte zu beurtheilen. Denn nur bei der Cession kann das Anastasische Gesetz in Betracht, und bei Uebertragung einer Obligation, wenn sie keine durchgreifende Erneuerung erleiden soll, nur die Cession zur Anwendung kommen. — In dieser Weise zu beurtheilen ist Mittermaier deutsch. Privatr. §. 189 [10]).

---

au porteur lautenden Schuldurkunden ist die Uebergabe zur Vollendung und zum Beweise der Cession allein hinreichend ꝛc.“ — S. 233: „Die Cession ist übrigens ein Privatrechtsgeschäft, daher das Verhältniß zwischen dem Cedenten und Cessionar nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist, welchen zufolge der Cedent nur für die Richtigkeit der Schuld (veritas nominis), nicht aber für deren Güte (bonitas) dem Cessionar zu haften hat. Zu der Richtigkeit der Schuld gehört die Aechtheit der Schuldurkunde, und es ist außer Zweifel, daß der Cessionar, welcher ein gefälschtes Papier erhalten hat, vom Cedenten Schadloshaltung verlangen könne.“

9) „Schuldurkunden, welche auf den Inhaber (au porteur) lauten, sind deutschen Ursprungs: sie werden ohne wörtliche Willenserklärung, durch bloße Besitzübertragung cedirt ꝛc.“

10) „Die au porteur lautenden Papiere behalten die allgemeine Natur von Schuldurkunden und sind insofern Beweismittel.“ — „Die Meinung, daß das Staatspapier als das Forderungsrecht selbst, und nicht blos als Accessorium erscheint ....., ist nicht gemeinrechtlich nachzuweisen.“ — Oder vielmehr gar nicht! weil es schlechthin unmöglich ist, zu sagen, daß ein Papier eine Forderung seyn könne. Es kann nur entweder wirkliches Papiergeld seyn, und dann ist es keine Forderung, sondern ein, vom Staate autorisirtes Verkehrsmittel, gerade so, wie die klingende Münze selbst; oder Schuldschein, und dann ist es wiederum keine Forderung, sondern nur ein

Gerber, System des deutsch. Privatr. §. 160 [11]), und sogar Beseler, System des gem. deutsch. Privatr. Bd. III. S. 323. §. 225 [12]).

Mittel, um deren Zweck dadurch leichter zu realisiren. Wenn aber die Forderung selbst sonach etwas Anderes ist, als das Papier, so läßt sie nur als Obligation oder als jus in personam, nicht als jus in re sich denken, d. h. sie selbst kann nur als untrennbar von dem, durch Verzicht des Gläubigers sofort frei werdenden Willen Schuldners gedacht, und erst ihrem Zwecke nach mittelst des Papiers realisirt werden. — ib. nr. V: „Die bei Cessionen vorkommenden Beschränkungen (daher auch die Einrede des Anastasischen Gesetzes) können auf Verkäufe solcher Staatspapiere nicht angewendet werden."

11) „Die schriftliche Form eines Schuldversprechens kann eine besonders gesteigerte Wirksamkeit dadurch erhalten, daß die Schrift selbst zum alleinigen Träger des verpflichtenden Willens erhoben wird. Dieß geschieht dadurch, daß in einer Schuldurkunde der jedesmalige Inhaber derselben als Gläubiger bestimmt wird, so daß jeder Besitzer des Dokuments schon als solcher dem Schuldner gegenüber als Gläubiger legitimirt ist, ohne daß der Nachweis einer besonderen Uebertragung der Forderung (mithin auch die Erfüllung des Anastasischen Gesetzes) verlangt würde. Diese geschieht immer durch Uebergabe des Papiers, bei welcher der Uebertragende zwar wohl für das Daseyn, aber nicht für die Güte der Forderung haftet." — Also ganz wie bei jeder Cession, wodurch der Cessionar legitimirt ist, die Erfüllung ihres Zweckes für sich zu verlangen, ohne dafür dem Cedenten noch irgend verantwortlich zu seyn, wie er allerdings als procurator in rem alienam seyn würde; während der Cedent ihm nur für das Daseyn oder die Wahrheit der Forderung haftet. Wenn jedoch Gerber hierbei einen Unterschied von der Cession darin finden zu wollen scheint, daß der Inhaber des Papiers hier als selbstberechtigter Gläubiger legitimirt erscheine, so liegt hierin gar kein Unterschied. Denn auch der gewöhnliche Cessionar ist in Betreff des Zweckes der Obligation allerdings als selbstberechtigter Gläubiger legitimirt; nur nicht in Beziehung auf das eigentliche vinculum obligationis, weil hier gar Niemand, als der, welcher es mitgeschlossen hat, als Gläubiger gedacht werden kann.

12) Nr. II. „Jeder Inhaber des Papieres erscheint, dem Schuldner gegenüber, als der rechte Gläubiger, ohne daß es einen Unterschied macht, ob er dasselbe von einem Dritten und von wem er es erworben habe. Es darf ihm daher keine, aus der Person des ersten Gläubi-

§. 2.

Auch bei Papieren „auf Inhaber" ist die Uebertragung weder eine Eigenthums-Uebergabe, noch eine Novation.

Bevor wir jedoch, nach Allem, was über die allgemeine Natur der Obligationen und der Cession überhaupt, sowie zuletzt vorläufig über einige, die Papiere „auf Inhaber" betreffenden Meinungen, schon hier gesagt werden mußte, genauer auf das eingehen können, was außerdem allerdings bei solchen Papieren noch zu erwägen ist, wird es nothwendig seyn, auch einige besondere Ansichten über die Natur dieser Papiere hier noch näher in's Auge zu fassen. Hauptsächlich bedarf das, was von der Unmöglichkeit einer Singularsuccession bei Forderungsrechten bisher im Allgemeinen gesagt wurde, hier noch einer speciellen Anwendung auf derartige Papiere. — Wenn nämlich Beseler, obwohl er selbst in den soeben angeführten Worten, die obligatorische Bedeutung dieser Papiere anerkennt, und mit ihm einige Andere, deren Uebergang dennoch zugleich so beurtheilen möchte, als könne wenigstens die Schuldurkunde für sich hier wie eine wirkliche Sache bei der Eigenthumsübertragung betrachtet werden, in welcher das Recht sich wahrhaft verkörpert: so verwickeln sie sich dabei nicht nur in den unauflöslichsten Widerspruch mit sich selbst, sondern sie vergessen auch ganz und gar, was eine Sache eigentlich sei. Denn der Grund, warum Letztere ohne Weiteres von Hand zu Hand gehen, und durch die Tradition ein neues Eigenthum daran erworben werden kann, liegt ja durchaus nicht blos darin, daß die Sache etwas Körperliches ist (worin die Schuldurkunde, aber auch nicht blos das Papier „auf Inhaber", sondern jede Schuldurkunde allerdings ihr gleichsteht); — sondern, wie schon oben angedeutet wurde, weit mehr darin, daß eine Sache ihren Werth nicht erst von irgend welcher Persönlichkeit ableiten muß, sondern diesen ganz allein schon in und an sich selbst hat; während ein Papier, und zwar selbst ein solches „auf Inhaber", seinen Nominalwerth immer erst von Zahlungspflichtigkeit eines Schuldners, seinen Courswerth von dem Vertrauen Anderer zu dessen Zahlungsfähigkeit ꝛc., wie jede andere Obligation,

gers oder eines spätern Vormanns hergenommene Einrede entgegengesetzt werden, sowenig wie die, aus dem Anastasischen Gesetze."

ableiten kann und nur hierin seine Garantie hat. Wenn eine Sache übergeben wird, so ist in ihr selbst schon Alles enthalten, was dabei in Betracht kommen kann; ihr Werth, wie das Eigenthum, weil es eben diesen und zwar den vollen Werth der Sache umfaßt, ist in ihr verkörpert [13]). — Wird hingegen ein Papier übergeben, so ist und bleibt es zuletzt, auch wenn es „auf Inhaber" lautet, doch immer nur das, ihm zum Grunde liegende obligatorische Verhältniß, um das es sich handelt. Denn nicht das Papier allein oder als solches soll übertragen werden, sondern dessen Werth, der auch bei Papieren „auf Inhaber" immer nur ein subjektiver, nur in der Person des Schuldners verkörperter ist und bleibt. Als blose Sache läßt sich mithin auch kein Papier „auf Inhaber" an einen Andern übertragen, weil es, in der Bedeutung, die es als Werthpapier hat, keine Sache ist, sondern nur das beurkundende Kennzeichen einer Schuld seyn kann. Auch bei ihm fällt der Nominalwerth, der durch die Haftbarkeit des Schuldners dafür bedingt und bei der Cession deren Gegenstand ist, mit der quantitativen Wahrheit der Forderung selbst; der Courswerth, der von dem Kredite des Schuldners bei Anderen abhängig ist, mit der Güte der Forderung in Eins zusammen, und eine falsche Anempfehlung in Betreff jenes Kredites ist mithin zugleich eine Lüge hinsichtlich der Güte, eine unrichtige Angabe des Nominalwerthes hingegen zugleich eine Lüge hinsichtlich der Wahrheit der durch die Cession übertragenen Forderung und des Zweckes der Obligation selbst. Nur in der Person des Schuldners, aber nicht in der Schuldur-

---

13) Die wichtigste Lehre für die Beurtheilung des Eigenthumsrechtes ist die des römischen Rechts von der Specification, die übrigens auch dem älteren deutschen Rechte nicht fremd ist. Der Erzeuger einer Sache ist deren Eigenthümer, weil in ihr seine Idee, sein Zweck, sich verkörpert und der Sache ihren Werth gibt, durch den sie zum Gegenstande des Austausches werden kann. Was aber bei beweglichen Sachen von der Specification gilt, eben das gilt im Wesentlichen auch bei unbeweglichem, bisher noch nicht kultivirtem Gute, von dessen Kultur; ja sogar schon, wie bei allem noch herrenlosem Rohmateriale, von der Besitzergreifung zum Zwecke der Kultur und Verarbeitung ꝛc. Alles Uebrige, was von dem Eigenthume gilt, besteht nur in Folgerungen aus diesen Vordersätzen.

kunde, haben auch hier Wahrheit und Güte oder Nominal- und Coursworth ihren Grund.

Die von Beseler aufgestellte Ansicht ist es aber, auf die auch Bluntschli (deutsch. Privatr. Bd. II. S. 3. §. 111) hinauskommt, indem er meint: das deutsche Recht behandle die beiden Seiten einer Obligation, Schuld und Forderung, in der Weise als gesonderte, daß über jede von beiden, ganz frei und ohne Rücksicht auf die andere, sich verfügen ließe; die Forderung nämlich als Bestandtheil des aktiven Vermögens oder des Eigenthums im weiteren Sinne; die Schuld als Bestandtheil des passiven Vermögens. — Aber läßt sich denn wohl in irgend einem Rechte Etwas so behandeln, wie es seiner Natur nach zu seyn gar nicht möglich ist? — Denn daß Forderungen zu dem aktiven, Schulden zu dem passiven Vermögen gehören, wird freilich auch schon nach römischem Rechte Niemand leugnen. Vielmehr hat dieß seinen ganz hinreichenden Grund eben darin, daß das Vermögen selbst, wie schon oben gezeigt wurde, ein rein ideelles Ganzes bildet, worin alle Forderungen und Schulden, die selbst nur ideell sind, wie alle, mit ihrem Gesammtwerthe, der sich in ihnen verkörpert, dem rechtlichen Willen Jemandes unterworfene Sachen, — also auch diese wiederum von ihrer intellektuellen Seite, nicht als Besitz-, sondern als Rechts-Gegenstände betrachtet, — in seiner Persönlichkeit aufgehen, oder zur Einheit sich verbinden. Was man blos besitzt, das gehört nicht zum Vermögen; sondern nur das, wozu man berechtigt ist, auch wenn man nicht besitzt, und sowie hieraus sich ergibt, daß nicht die Körperlichkeit der Sachen das Nächste ist, was bei dem Vermögen in Betracht kommt, so folgt auch daraus, weil Etwas zu dem Vermögen gehört, noch nicht, daß es hiedurch dem Körperlichen analog werde. Am allerwenigsten aber folgt aus Alledem, daß auch Forderungen, die, selbst in einem Papiere „auf Inhaber", nur beurkundet, aber durchaus noch in keinem äußeren Gegenstande verkörpert sind, nach denselben Grundsätzen wie Sachen, die als äußere Gegenstände bereits vorliegen, sich beurtheilen und durch bloßes Geben von Hand zu Hand sich veräußern ließen; — oder daß Forderung und Schuld, die beiden wesentlich von einander abhängigen Seiten einer jeden Obligation, die nur in ihrer Verbindung den Begriff der Letzteren ausmachen, dennoch, ohne zugleich diesen Begriff, und hiermit sogar die Begriffe Forderung und

Schuld selbst, vollständig aufzuheben, so gänzlich gesondert von einander gedacht werden könnten, wie zwei verschiedene Sachen, über deren jede ganz unabhängig von der anderen sich verfügen läßt. Ueberhaupt; bei Forderungen von einem „Eigenthum im weiteren Sinne" zu reden, wie Bluntschli thut, ist, wenn wir auch unter der Voraussetzung, daß der richtige Begriff damit verbunden wird, sonst nichts gegen diesen Ausdruck haben, doch wenigstens gefährlich, weil in allen ähnlichen Fällen dem weiteren Begriffe gar leicht bei Schlußfolgerungen später der engere wieder mit dem Worte, an das er sich knüpft, untergeschoben und hierdurch der Weg zu allen Trugschlüssen gebahnt wird. — Auch bei Papieren „auf Inhaber" kann also weder Schuld, noch Forderung eine Sache seyn, oder wie eine Sache (die eine unabhängig von der andern) an einem Dritten veräußert werden. Vielmehr kann die Forderung auch hier nur in der persönlichen Haftung und dem Kredite des Schuldners ihren Grund und Werth haben, wie die Schuld nur in der Berechtigung des Gläubigers. So wie aber beide, Forderung und Schuld, in Betreff ihres Grundes hier sich kreuzen, oder wie der Grund der Forderung in der Haftung des Schuldners, der der Schuld in der Berechtigung des Gläubigers liegt, so sind beide demnach auch schlechthin untrennbar von einander. Wo in der Person des Gläubigers das Recht erlischt, ist auch kein Grund für die Pflicht des Schuldners mehr da, und umgekehrt. Auch mit solchen Dingen, wie mit Forderung, Schuld, Obligation ꝛc., obwohl sie nur begriffliche sind und uns nicht, wie Körper, eine Härte und äußere Festigkeit starr entgegensetzen, läßt sich darum dennoch nicht nach Belieben verfahren, um sie in jede, etwa für den Augenblick uns gutdünkende Form hineinzwängen zu können. Auch der Begriff hat seine Festigkeit, die keinem Zwange nachgibt, und der Begriff der Obligation paßt nun einmal nicht in die Formen des Eigenthums und seiner Uebertragung.

Nicht weniger gekünstelt, als die Bluntschli'sche Ansicht, und ebendarum auch durchaus nicht haltbarer, ist endlich noch die von Walter (System des deutschen Privatrechts. Bonn 1855. S. 292. §. 258) aufgestellte: daß bei Papieren „auf Inhaber" die Uebertragung gar nicht als Cession, sondern als Novation beurtheilt werden müsse; — daß also, bei jeder neuen Uebertragung des Papiers auf einen Dritten das ganze, ihm zu Grunde liegende obligatorische

Rechtsverhältniß nicht als blos seines Zweckes wegen übergegangen auf den neuen Gläubiger, sondern als ein jetzt erst zwischen ihm und dem bisherigen Schuldner eines Anderen von Grund aus neu entstandenes betrachtet werden müsse; — daß folglich auch dieser Andere durch die Uebertragung des Papiers sich selbst völlig frei mache, weil hierdurch sein eigenes Rechtsverhältniß mit dem Schuldner, bei Abschließung des neuen, völlig erloschen sei, und er selbst, obwohl letzteres beim Verkaufe des Papiers nur unter seiner Mitwirkung zu Stande kam, dennoch hiermit gar nichts mehr zu schaffen habe. — Wenn diese Ansicht richtig wäre, so würde sie gleichwohl am allerwenigsten das leisten, was man auf den ersten Anblick von ihr hoffen zu können etwa glauben möchte. Am dringendsten aber würde dann, abgesehen von allen übrigen Einwürfen dagegen, jedem Käufer eines solchen Papieres anzurathen seyn, daß er doch ja wegen der Echtheit des Papieres ꝛc. bei dem Schuldner erst sich erkundige und sich die Forderung von diesem bestätigen ließe. Denn nur dann würde es allerdings des bisherigen Schuldverhältnisses auch gar nicht mehr bedürfen, und der Käufer könnte auf das erhaltene Zugeständniß des Schuldners hin ebensogut, wie wenn früher gar kein Schuldverhältniß bestanden hätte, gegen diesen seiner Forderung sicher seyn. Wie aber sollte er sich ohne dies an den Verkäufer des Papiers halten können, da er selbst doch den Untergang des ganzen bisherigen Schuldverhältnisses, selbst wenn ein solches bestanden hätte, gleichwohl mit der Uebergabe des Papiers erfuhr. Da er wissen mußte, daß die Forderung des bisherigen Gläubigers in keiner Beziehung auf ihn übergehe; daß also auch der bisherige Werth des Papiers erlösche, und nur er selbst in eine ganz neue Forderung zu dem Schuldner eintreten oder das Papier aufs Neue zum Werthpapiere erheben könne; kurz daß ihm in der That von dem Verkäufer, weil dieser von dem Augenblicke des Kaufs an gar nichts mehr zu fordern habe, auch nichts als ein Stück Papier übergeben werde, dessen Werth er nur seiner eigenen Vorsicht und Thätigkeit verdanken könne. Denn wenn das bisherige Recht des Verkäufers, weil der Käufer selbst nur ein ganz neues beabsichtigt, wirklich ganz erloschen und irrelevant für das neue Recht und dessen Erwerber wäre, so würde ja dieser auch keinen Anspruch auf die Wahrheit, daß es wirklich bestanden habe, gegen jenen daraus ableiten können. Wozu könnte es ihm nützen, ob es bestanden habe? wenn es eben

mit seinem eigenen Willen nicht mehr besteht, und sein eigenes Recht sich gar nicht darauf gründet oder sich daraus ableiten läßt; wenn also nirgends eine Causalverbindung zwischen diesem und jenem obwaltete? — Um aber einen solchen Anspruch des Käufers an den Verkäufer dennoch zu erklären, würde man daher Zuflucht in der Annahme suchen müssen, daß in dem Verkaufe implicite zugleich noch ein Rechtsgrund darin liege, z. B. daß der Verkäufer zugleich, als Bürge oder Mandatar des Schuldners, sich für diesen verbindlich mache oder den neuen Vertrag zwischen ihm und dem Erwerber des Papiers abschließe. Denn dann würde freilich, wenn er das Mandat nur erlogen und für sich keine dem Käufer abzutretende Klage gegen einen Mandans hätte, die ganze Sache auf ihn zurückfallen. Allein diese, wie jede ähnliche Hypothese, würde offenbar ganz zu denselben Resultaten führen, zu denen man auf dem kürzesten Wege bei der Cession gelangt. Ja es kommt zu alledem insbesondere noch das hinzu, daß auch alle, vor der Uebertragung bereits fällig gewordene, jedoch von dem bisherigen Gläubiger noch nicht einkassirte Zinscoupons, durch die Uebertragung des Papiers sofort ihre Gültigkeit verlieren würden, wenn mit dessen Uebertragung jedesmal eine Novation der ganzen Forderung einträte. Denn wenn nach dieser die bisherige Obligation gar nicht mehr existirte, so könnten auch Zinsforderungen nicht mehr aus ihr abgeleitet werden, und die neue Obligation kann ebensowenig rückwirkende Kraft auf Zinsforderungen für die Zeit haben, wo sie selbst noch gar nicht existirte. Wer allen diesen, unmittelbar aus dem Wesen der Novation unbestreitbar abzuleitenden Folgerungen gleichwohl bei den Papieren „auf Inhaber" keine Geltung zugesteht (und gewiß wird dieß kaum irgend Jemand thun), der wird umgekehrt zugestehen müssen, daß von einer Novation hier überhaup gar keine Rede seyn könne. Diese ist aber insbesondere auch, solange der Eintritt des neuen Berechtigten in ein obligatorisches Recht, wie hier, noch ganz füglich aus dem Gesichtspunkte einer Cession sich erklären läßt, schon um deßwillen nicht anzunehmen, weil durch die Novation etwas ganz Neues würde entstehen müssen, und dafür niemals eine Voraussetzung streiten kann.

§. 3.

Besondere Natur der Cession bei Papieren „auf Inhaber".

Betrachten wir nun, nach Abweisung dieser Ansichten, die Verhältnisse bei Papieren „auf Inhaber" ganz einfach und natürlich, so lassen sie sich, nach dem bisher Gesagten, nicht anders als so beurtheilen: dem Papiere liegt nichts, als eine wirkliche Obligation, die von der Ausstellung desselben und dem ersten Inhaber an, bis zu dem letzten, ohne jegliche Novation, eine und dieselbe bleibt, zum Grunde, und die Uebertragung derselben kann daher nichts Anderes, als eine wirkliche Cession seyn. Das Papier ist ohne die Forderung nichts, und da diese ihren Werth immer nur in der Haftung und dem Credite eines Schuldners haben kann, so kann sie selbst auch nicht so in dem Papiere verkörpern, wie der objektive Werth einer Sache in dieser. — Soweit kommen also, wenn wir für's Erste von den Einreden des Schuldners, von denen im folgenden Paragraphen die Rede seyn wird, hier noch absehen, nur Grundsätze zur Anwendung, die auch dem römischen Rechte schon vollkommen geläufig waren. Gleichwohl geschieht bei Aktien und ähnlichen Papieren schon die Creirung und Uebersendung des neucreirten Papieres an einen Dritten, zum Behufe der Emission und des Verkaufes, allerdings sowenig, wie jede spätere Veräußerung, nur in dem Sinne, daß erst durch den Verkauf eine Verbindlichkeit des Ausstellers der Papiere, zwischen ihm und deren Käufer rc., zu Stande gebracht, und hierdurch dem Papiere ein Werth erst gegeben werden solle, den es ursprünglich gar nicht hätte; sondern damit Etwas, was als Kaufobjekt bereits einen Werth hat, auf den Käufer und von diesem auf jeden späteren Erwerber nur übergehe. Da aber dieses Etwas eben nicht blos das für sich allein werthlose Papier seyn kann, so muß die Verbindlichkeit des Schuldners selbst allerdings auch schon von Anfang oder von der Creirung des Papieres an wenigstens als insoweit bereits bestehend gedacht werden, daß schon hierdurch das Papier zu einem Werthpapiere und eine, in jeder Uebertragung desselben liegende Cession der, aus der Verbindlichkeit des Schuldners entspringenden Forderung, sofort möglich wird. Mit andern Worten: das Papier hat in der That schon von seiner Creirung an einen wirk-

lichen, und als Gegenstand einer Cession übertragbaren **Nominalwerth** in der **Haftung** des **Schuldners** dafür; obwohl der Courswerth erst durch den Cours sich bestimmen kann. Dieß aber ist in der That auch ganz die Art und Weise, wie der Kaufmann alle solche Verhältnisse aus praktischem Standpunkte beurtheilt, ohne sich gerade über das theoretische Wie oder Warum genauere Rechenschaft zu geben. Denn er leitet die ganze Bedeutung des Papieres und mithin die Entstehung der Verbindlichkeit, die es beurkundet, offenbar nicht lediglich erst aus irgend einer Erwerbung des Ersteren ab, sondern er kauft dieses selbst als Primitiverwerber ebenso, wie als Nachmann, vielmehr schon als Aeußerung und Kennzeichen seines Nominalwerthes, also einer bereits vorhandenen, wenngleich ursprünglich nur auf einseitiger Zusicherung beruhenden Verbindlichkeit des Schuldners, auf dessen Zusage er bauen zu können überzeugt seyn darf. — Eben dieß aber ist nun auch der wahre Gesichtspunkt für die theoretische Beurtheilung solcher Papiere, zu dessen vollständigerer Begründung und Beleuchtung noch folgende Bemerkungen sich hier nöthig machen.

Das deutsche Recht nämlich, obwohl das wahre Wesen der Obligationen auch schon vor Einführung des römischen durchaus nicht in dem Grade, wie **Bluntschli** und manche Andere meinen, ihm unbekannt war, hat in den, hieraus abzuleitenden Grundsätzen gleichwohl einige, dem römischen Rechte noch unbekannte, neuere Modificationen aus dem Gebiete der bloßen **Sittlichkeit**, dem sie eigentlich angehörten, auf das **Rechts**gebiet verpflanzt und zum **Recht** erhoben. Der Grund hiervon aber liegt in der größeren Aufmerksamkeit, die es hier, wie in vielen ähnlichen Fällen, dem **öffentlichen** Leben zuwendete. Ausgehend von der, für die rechtsverbindliche Kraft aller Obligationen überhaupt unbedingt wichtigsten Ansicht, daß ein Rechtszustand, d. h. ein harmonischer Zustand im äußeren Verkehre unter den Menschen, schlechthin nicht möglich sei, wo Treue und Glaube wanken, wo das Wort, wo die im äußeren Verkehre durch das Wort zwischen zwei Personen vermittelte Verschlingung ihres Denkens und Wollens nicht auch eine äußere, rechtliche Gültigkeit hat; ausgehend von dieser Ansicht hat das deutsche Recht besonders seit der Zeit, als der **öffentliche** Verkehr und Handel in einer, den Römern niemals bekannt gewordenen Wichtigkeit erblühete, deßhalb hauptsächlich in **diesem**

Verkehre auch ein weit größeres Gewicht, als das römische Recht, auf das Wort und die Sicherstellung des öffentlichen Vertrauens gegen Mißbrauch gelegt. Nicht nur der bestimmte Einzelne darf nicht arglistig durch Betrug getäuscht, sondern auch das öffentliche Vertrauen nicht hintergangen werden, und selbst die einseitige, aber in irgend einer Weise für die Oeffentlichkeit abgelegte Willenserklärung hat daher schon eine Art bindender Kraft, und kann sogar in manchen Beziehungen zur Begründung wirklicher Rechtsansprüche genügen, insoweit der, der sie ablegte, für die Folgen derselben im Verkehrsleben einstehen muß. Wäre dieß nicht der Fall, so würde nicht einmal die öffentliche Ankündigung einer Handelsfirma oder Aehnliches irgend eine rechtliche Bedeutung haben, oder Dritten, um Rechtsansprüche für sich daraus abzuleiten, dienen können, und in der That würde das ganze Handelsrecht, welches auf die Verbindlichkeit des öffentlichen Worts gebaut ist, nichts als ein hohles Phantom, ohne inneren rechtlichen Gehalt seyn. Denn wem anders, als zunächst dem Publikum, nicht aber irgend welchem bestimmten Einzelnen gegenüber, übernimmt die Handlung durch Verkündigung ihrer Firma Verbindlichkeiten? — Die aus einer solchen Ankündigung hervorgehenden Rechtsansprüche sind also zunächst freilich nur ganz abstracte, wie sie sonst blos moralischen Verbindlichkeiten z. B. der Wohlthätigkeitspflicht gegenüber stattfinden, die wir allen Hülfsbedürftigen überhaupt schulden. Wer aber möchte die Existenz moralischer Verbindlichkeiten darum, weil das ihnen gegenüberstehende Recht in solcher Weise blos abstrakt ist, etwa ganz ableugnen! — Ja, wer möchte beim Eigenthume umgekehrt das Recht ganz ableugnen, weil die ihm gegenüberstehende Pflicht in ähnlicher Weise eine blos abstrakte aller Menschen überhaupt ist! — Und dennoch ist sie dieß beim Eigenthume ganz unleugbar. — Um aber concret, und somit zur Begründung bestimmter Rechtsansprüche wirklich vollendet zu werden, ist demnach bei jenen Verbindlichkeiten noch eine bestimmte Thatsache allerdings erforderlich, durch welche die Person des Berechtigten gerade so individuell bestimmt werden muß, wie bei dem Eigenthume die Person eines Verpflichteten dadurch individuell bestimmt und das ganze Rechtsverhältniß nach einer bestimmten Seite hin concret wird, daß Jemand mit der allgemeinen Verpflichtung, die allen Menschen gegen den Eigenthümer obliegt, für sich durch irgend eine Handlung in Widerspruch tritt, also den

Berechtigten irgendwie in seinem Rechte stört. Allein schon in jener abstrakten Weise genügt das Daseyn einer Verbindlichkeit, wenigstens um die daraus erwachsenden Rechtsansprüche auf bestimmte Berechtigte zu übertragen. Das Wort, das beim mündlichen Vertrage nur dem flüchtigen Augenblicke angehört, hat hier in der Urkunde eine dauernde Existenz, und die Verbindlichkeit, die es anerkennt, in der Oeffentlichkeit einen besonderen rechtlichen Charakter gewonnen. Aber darum ist die Urkunde noch nicht eine Sache, sondern immer nur das beurkundende Kennzeichen der dahinter stehenden Verbindlichkeit selbst, die nur durch Cession sich übertragen läßt, wenn sie nicht durch Novation eine ganz und von Grund aus neue werden soll. Sowie das Eigenthum darin, daß eine abstrakte Verbindlichkeit ihm gegenübersteht, kraft deren es gegen Jedweden geltend gemacht werden kann, seinen realrechtlichen Charakter kund gibt, so nimmt hier auch die Verbindlichkeit, als öffentliche, eine Art von realem Charakter an, kraft dessen es Jedwedem zukommt, in das ihr gegenüberstehende Recht einzutreten, nur mit dem Unterschiede, daß sie nicht von der Person des Schuldners, wie das Eigenthum nicht von dem Körper der Sache getrennt werden kann. Auch der Schöpfer solcher Papiere objektivirt in ihnen seinen Willen, wie der, welcher etwa durch Specifikation eine Sache hervorbringt. Aber er vermag dem Papiere nicht an sich einen Werth zu geben, wie der Specificant seiner Sache, die hierdurch zum Gegenstande einer Singularsuccession werden kann; sondern das Papier hat seinen Werth immer nur darin, daß der Schöpfer als Schuldner dafür haftet. Ganz Aehnliches aber zeigt sich aufs deutlichste auch bei der Ausstellung eines trassirten Wechsels an eigene Ordre. Denn auch hier ist, solange noch der Wechsel weder vom Trassaten acceptirt, noch vom Trassanten auf einen bestimmten Berechtigten indossirt ist, nur eine Verbindlichkeit des Trassanten ganz abstrakt gegen Jedweden vorhanden, der an dem Geschäfte sich betheiligen will, und er selbst ist bis dahin zugleich Remittent und Indossant. Aber auch schon diese Existenz des Wechsels genügt, um ihn auf vollkommen gültige Weise durch Remission in das Verkehrsleben einzuführen und auf einen bestimmten Berechtigten durch das Indossament übertragen zu können, wobei Letzteres gar nichts Anderes wie sonst, nämlich nichts, als eine besonders qualificirte Art von Cession ist. Dasselbe, wie hier von dem an eigene Ordre gestellten

Wechsel, gilt daher auch von den Papieren „auf Inhaber". Auch hier ist es der öffentliche Verkehr, dessen Sicherheit und Ordnung, sogar noch weit mehr als beim Wechsel, in Frage kommt. Schon durch Creirung und öffentliche Einladung zum Kaufe solcher Papiere übernimmt der Aussteller dem Publikum gegenüber eine, von seiner Person jedoch untrennbare Verbindlichkeit wenigstens insoweit, daß durch Uebergabe des Papiers (als des, jene Verbindlichkeit beurkundenden Kennzeichens) an einen bestimmten Berechtigten, die Obligation nur noch ihre concrete Vollendung zu erlangen braucht, um für den Berechtigten klagbar zu werden ꝛc. Hierbei aber sind zwei insofern wichtige Momente noch in's Auge zu fassen, als zu einer solchen Vollendung allerdings auch eine wirkliche Deckung des Werthes der Papiere noch erforderlich ist. Denn der Aussteller kann dafür, daß er selbst an sein Wort sich bindet, natürlich andererseits auch Deckung des Werthes fordern, den er durch die Creirung seinen Papieren beigemessen hat. Jene beiden Momente also sind das Zeichnen und die Aushändigung des Papiers. Denn das Zeichnen ist ein Zahlungsversprechen, wodurch Alle, die an dem Unternehmen sich betheiligen wollen, sich verpflichten, die hierzu nöthige und der Gesammtzahl der Aktien ꝛc. entsprechende Summe als deren Deckung zu beschaffen. Der Creator der Papiere, deren Werth hierdurch eine reale Basis gewinnt, ist also hierbei Berechtigter. Als solcher aber cedirt er dann, — gegen die wirkliche, jene Basis für ihn selbst sichernde Zahlung der gezeichneten Summen, — als Gegendeckung dafür, mit der Aushändigung der Urkunden, die entsprechende Summe seiner Aktien an jeden Zeichner, und das Verhältniß zwischen ihm und den Zeichnern wird also hierdurch das umgekehrte; er selbst wird nun Verpflichteter gegen jeden, der vorher ihm verpflichtet war, und gegen dessen sämmtliche Nachmänner. Auch die Emission, und jede nachfolgende Uebergabe des Papiers, ist demnach, wie das Indossament, nichts Anderes als eine Cession der bereits vorhandenen Obligation oder des, dem Papiere bereits beigemessenen und durch die geleistete Deckung vollständig erfüllten Werthes, den es nur in seiner obligatorischen Kraft gegen den Schuldner, als Werth= und Kreditpapier haben kann. Die hier dargestellte Ansicht aber ist es, die auch Renaud keineswegs als unhaltbar betrachtet. Denn das, was er a. a. O. S. 327 ff. unter Anführung Stahls, Savignys und Geng=

lers sagt, kommt im Wesentlichen mit dem überein, was hier ausführlicher besprochen wurde.

§. 4.

Wegfall der Einreden aus der Person eines Vormannes gegen den Inhaber eines öffentlichen Werth- und Kreditpapieres.

Mit dem Charakter der Oeffentlichkeit, indem der Schuldner hierdurch seiner Verbindlichkeit eine Art von Realität gibt und gleich vom Anfange an das Papier auf jedweden Inhaber ausstellt, räumt er jedoch nicht nur dem Primitiv-Erwerber und jedem seiner Nachmänner das Recht ein, jene Cession durch einfache Uebergabe des Papieres auch weiterhin rechtskräftig zu vollziehen; sondern er verzichtet zugleich hierdurch noch überdieß auf das, allerdings nach dem Wesen der Obligationen ihm zustehende, aber nur ope exceptionis von ihm geltend zu machende Recht, von jedem dritten Inhaber, mit welchem er nicht unmittelbar selbst contrahirt hat, eine bessere Legitimation zur Sache, d. h. einen besseren Ausweis über dessen Recht an dem Papiere, wie den bloßen Besitz, noch zu fordern. Hieraus erklärt es sich aber zunächst, daß der dritte Besitzer auf diese Weise, jedoch ohne daß das Wesen der Obligation darum im geringsten gestört wird, nämlich lediglich dem Erfolge nach, allerdings zu dem Schuldner in ein unmittelbareres Verhältniß zu treten scheint, als er der Wirklichkeit nach und seinen Vormännern gegenüber eigentlich steht und stehen kann. Denn durch Verzicht des Schuldners auf die bloße Exception, von dem dritten Besitzer keine weitere Legitimation zur Sache, als den Besitz, fordern zu wollen, wird die Obligation selbst, in ihrem Wesen, noch keineswegs angegriffen. Jede solche Einrede ist nur eine an sich selbst blos durch zufällige äußere Umstände bedingte, einzelne Wirkung eines Rechtsverhältnisses, auf die sich, im Uebrigen unbeschadet des letzteren, ebensowohl verzichten läßt, wie sie mit dem Wegfallen jener Umstände auch schon von selbst wegfällt. Der Schuldner, der nichts zu compensiren hat, verliert die Einrede der Compensation und jede ähnliche, wie der, der darauf verzichtete. Die Annahme eines solchen Verzichtes aber beruht bei Papieren „auf Inhaber" durchaus auf keiner ungewissen und schwankenden

Voraussetzung [14]). Vielmehr liegt er auf das Bestimmteste und geradezu in der Bedeutung der Worte „auf Inhaber", unter denen die Ausstellung des Papieres selbst erfolgt ist. Unleugbar erklärt ja der Aussteller hierdurch, daß er, unbekümmert darum, wie oder von wem ein Dritter das Papier erworben habe, jedenfalls an diesen als den Inhaber, ohne Rücksicht auf dessen Vormänner, zahlen werde, und die ganze Intention, dem Papiere einen leichteren Cours dadurch zu verschaffen, erhebt diese Bedeutung der Worte über allen Zweifel. Die Intention des Ausstellers ist ganz dieselbe, wie die Ratio des Grundsatzes „Hand muß Hand wahren", der ebenfalls auf Erleichterung des Verkehrs im öffentlichen Geschäftsleben abzweckt. Denn auch hier sollen die Gefahren, die dem Inhaber des Papieres aus einer Mangelhaftigkeit der Rechte seines Vormannes etwa drohen könnten, beseitigt werden. Wenn aber dieß die Bedeutung und der Zweck der Worte „auf Inhaber" ist, so ergibt sich daraus auch weiterhin von selbst, daß der Schuldner dadurch allerdings zugleich auf jede Einrede verzichtet, die aus der Person des Primitiv-Erwerbers oder irgend eines Vormannes gegen den jetzigen Inhaber sich hernehmen ließe. Denn wer auf die Einrede verzichtet hat, daß er nur mit dem A. als dem Primitiv-Erwerber contrahirt habe und nur dem verbindlich sei, der erweislich ein Recht von diesem ableite, der kann doch wohl auch nicht mehr auf ihn oder irgend einen Vormann des jetzigen, von ihm selbst als wahren und einzigen Berechtigten anerkannten Besitzers sich noch berufen, um Etwas geltend zu machen, was nicht die Obligation selbst, sondern nur die Person dessen betrifft, mit dem sie ursprünglich abgeschlossen wurde. Vielmehr hat der Schuldner kein Recht mehr, zu fragen, von wem der Inhaber das Papier erhalten habe, und damit verliert er nothwendig alle jene Einreden. Allein darum bleibt die Obligation für sich, abgesehen von solchen Einreden, dennoch auch von dieser Seite betrachtet ganz dieselbe, wie sie vom Anfange an bestand, und die Cession verwandelt sich hierdurch keineswegs in eine Novation. Ja selbst die Einrede, daß an einen Vormann bereits gezahlt worden sei, bleibt hier, wenn das Papier nicht zurückgegeben wurde, gegen den dritten Besitzer desselben immer nur eine Einrede aus der Person eines Vormannes. Denn auch die Zahlung

14) vergl. **Mühlenbruch**, Cession. S. 546.

an sich ist nur ein neuer und äußerer, auf die Obligation blos von außenher causal zurückwirkender Akt, bei dem es zunächst blos um den hinter ihr liegenden Zweck derselben sich handelt. Auf die Erfüllung dieses Zweckes hat aber nur der, welcher durch den Besitz zur Sache legitimirt ist, ein Recht, und eine Zahlung kann daher nur dann, wenn sie gegen Rückgabe des Papiers an dessen Inhaber geleistet ist, mit der Obligation selbst in den, zu deren Erfüllung nöthigen Causalnexus treten.

Dagegen sollte keineswegs aus diesen Gründen auch die Möglichkeit einer Amortisation und Vindikation des Papiers von Seiten eines früheren Besitzers bezweifelt werden. Denn das, was nach dem bisher Gesagten maßgebend ist für das Verhältniß des Schuldners zu dem Gläubiger, ist darum doch noch nicht ebenso maßgebend für das des früheren zu dem späteren Inhaber des Papiers. Zwar wird der jüngste Inhaber immer eine Voraussetzung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich haben. Aber diese entspringt nur aus dem allgemeinen Grundsatze, daß eine Widerrechtlichkeit überhaupt nicht präsumirt werden kann, und hebt noch nicht die Möglichkeit des Beweises einer solchen Widerrechtlichkeit auf. Kann also ein früherer Inhaber den Beweis eines widerrechtlichen Besitzes gegen den jetzigen führen, so wird auch der Amortisation und Vindikation der Urkunde hier ebensowenig, wie bei anderen Documenten, im Wege stehen. Denn wo erweislich keine Cession, also entweder gar keine Uebertragung oder diese wenigstens nur als Deposition, Verpfändung &c., also nicht mit dem Willen stattgefunden hat, daß der jetzige Besitzer den Zweck der Obligation für sich selbst erreiche, da kann dieser auch nicht aus den Worten „auf Inhaber", und am allerwenigsten gegen den früheren rechtmäßigen Besitzer, ein Recht auf jenen Zweck für sich ableiten, weil jedwedes Wort alle Bedeutung verliert und zum leeren Schalle wird, sobald es am Willen erweislich gefehlt hat. Gleichwohl wird der Schuldner, bevor er durch die Amortisation in gehörige Kenntniß von dem Verluste des Papiers gesetzt ist, allerdings auch an den unrechtmäßigen Inhaber vollgültige Zahlung zu leisten haben. Allein auch dieß ergibt sich lediglich aus dem, schon bei der Cession einer gewöhnlichen Schuld geltenden Grundsatze, daß er, bevor er von der Cession in Kenntniß gesetzt ist, auch nach dieser noch an den Cedenten vollgültig zu zahlen hat, obgleich Letzterer hier ebenfalls nicht mehr zur Zahlungsannahme

berechtigt ist. Der Unterschied liegt nur in den Umständen, daß bei einem Papiere „auf Inhaber" der Besitz desselben stets eine Voraussetzung einer geschehenen Cession an den Besitzer begründet, während bei einer gewöhnlichen Schuld die Cession, als neuer Akt, nirgends eine Voraussetzung für sich haben kann. Denn hieraus geht hervor, daß die dem Schuldner nöthige Bekanntmachung mit Umständen, die er ohnedieß nicht wissen kann, hier auf die erfolgte Cession, dort auf den Verlust des Papieres zu richten ist. In allen diesen Resultaten stimmen wir daher gern überein mit dem, was Renaud a. a. O. S. 349 ff. sagt, obgleich wir von anderer Grundlage dabei ausgehen zu müssen glaubten, woraus aber jene Resultate ebenso nothwendig sich ergeben.

Als eine besondere Einrede muß indessen die schon oben erwähnte, aus dem Anastasischen Gesetze (l. 22. Cod. 4. 35.), hier noch berücksichtigt werden. Dabei wird jedoch vor Allem zu erinnern seyn, daß die Bestimmungen jenes Gesetzes nicht sowohl aus dem Wesen der Cession selbst geschöpft und mithin auch nicht für Letztere nothwendig; als vielmehr durch reine Zufälligkeiten und äußere Gründe blos veranlaßt sind, die durchaus nicht bei jeder, wenigstens nicht bei jeder besonders qualificirten Cession sich geltend machen lassen. Der Mangel an wahrer Haltbarkeit dieser Gründe und strenger Folgerichtigkeit der darauf gebaueten Schlüsse wird die Anwendbarkeit des ganzen Gesetzes, wenn gleich freilich nicht in solchen Fällen, wo auch das Wegfallen jener Gründe nur auf Zufälligkeiten beruhen würde, doch jedenfalls in solchen hindern, deren ganzer rechtlicher Charakter wirklich ein durchaus anderer, als in den gewöhnlichen Fällen ist, von denen das Gesetz redet. — Zwar geht das Anastasische Gesetz, indem es von der Cession spricht, zunächst offenbar von der ganz richtigen Grundidee aus, daß die Cession ihrem Wesen nach nur ein Auftrag ist, den der Cedent einem Dritten gibt, zu seinem eigenen Vortheile die Erfüllung der Obligation von dem Schuldner zu fordern. Hieraus aber folgt allerdings, daß der Cessionar dann auch nicht mehr, als wozu er beauftragt ist, fordern kann, und daß ihm mithin eine Einrede des Schuldners entgegensteht, wenn der Cedent nicht seine ganze Forderung ihm übertragen, namentlich auf einen Theil derselben gänzlich verzichtet hat. Allein die Voraussetzung eines solchen Verzichtes ist es, auf die nun das Gesetz weiterhin

fußt, und diese ist freilich bei Weitem nicht allgemein in jedem der Fälle wahrhaft begründet, von denen es gleichwohl redet. In den Worten nämlich: cum certum sit, pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus anteà suppetebant, jura sua vindicare, quam ad alios ea transferre velle — stellt der Gesetzgeber unverkennbar, als den Vernunftgrund seiner ganzen Verordnung, eine Voraussetzung auf, die er hierdurch zur gesetzlichen Präsumtion erhebt, indem er von dem Satze ausgeht: Es sei doch unzweifelhaft, daß in der Regel Niemand eine Forderung unter dem Werthe verkaufe, den er selbst ihr wirklich beizulegen vermöge. Der hieraus gefolgerte Schluß, der ihm vorschwebte, konnte daher unmöglich ein anderer, als der seyn: Wer also eine Forderung unter ihrem Nominalwerthe verkaufe, gebe eben schon dadurch deutlich zu erkennen, daß er auf die Erwartung, von dem Schuldner selbst mehr, als von dem Käufer, zu bekommen, bereits wirklich verzichtet habe; als ehrlicher Mann könne er mithin auch gar nicht die Absicht haben, auf den Käufer, als seinen Prokurator, mehr zu übertragen, wohl wissend, daß ihm darüber hinaus gar nichts zu verfügen übrig bleibe, und daß er sonst nur den Käufer zu einer Chikane des Schuldners benutzen und veranlassen würde. Gleichwohl nimmt das Gesetz auf die näheren Umstände, wodurch der Schluß auf einen solchen Verzicht des Cedenten und die ganze Voraussetzung der Verordnung zu begründen seyn würde, freilich nicht die mindeste Rücksicht. Doch brauchen diese Umstände keineswegs blos in einer, dem Cedenten bekannten Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder Aehnlichem, wobei der Schluß des Gesetzes sich wohl rechtfertigen ließe; sondern sie können allerdings auch in anderen Verhältnissen gesucht werden, die jenen Schluß weniger und oft gar nicht zu rechtfertigen vermögen. Denn zu den, unter das Gesetz zu subsumirenden Fällen gehören freilich auch solche, wo der Cedent einen Dritten nur deßhalb gegen einen geringeren Kaufpreis der Forderung beauftragt, sie für sich einzuziehen, weil er im vorliegenden Falle selbst nicht Zeit, Erfahrung oder Lust rc. hat, dieß für sich zu thun [15]). Daß aber hierbei, obwohl er hier ebenfalls einen geringeren Preis annimmt, dennoch nach den, für den besonderen Fall gegebenen Verhältnissen, meistens sich nicht wird

15) Vgl. Mühlenbruch, Cession. S. 533.

sagen lassen, er lege wirklich einen geringeren Werth auch der Forderung bei, liegt freilich am Tage. — Allein so schwankend und an sich abhängig von Zufälligkeiten immerhin die von dem Gesetze für seine Verordnungen aufgestellte Voraussetzung seyn mag, so ergibt sich doch aus diesem Zusammenhange hinlänglich, daß die ganze, aus diesem Gesetze entspringende Einrede des Schuldners gegen den mehr fordernden Cessionar, nichts anderes, als eine Einrede aus der Person eines Vormannes ist. Sie gründet sich nicht auf die Voraussetzung, daß der Käufer beim Ankaufe der Forderung die Absicht den Schuldner zu chikaniren, sondern umgekehrt der Verkäufer bei dem von ihm ertheilten Auftrage nicht die Absicht zu betrügen und zu chikaniren gehabt haben könne, so daß der Käufer nun thatsächlich eine Arglist verübt, wenn er gleichwohl mehr fordert, als sein Auftrag umfaßt, und sie erscheint mithin lediglich als eine exceptio doli gegen den Käufer, welche auf die gesetzliche Präsumtion eines von dessen Auftraggeber geleisteten Verzichtes sich stützt. Bei einer solchen, aus den oben angeführten Worten des Gesetzes sich klar ergebenden Bedeutung dieser Einrede, muß aber Letztere, wie jede ähnliche aus der Person eines Vormannes, bei Papieren „auf Inhaber" nothwendig wegfallen, weil sie mit den, aus der ganzen Intention solcher Papiere und aus ihrer Creation zu erklärenden Worten „auf Inhaber" gerades Wegs, und überdieß auch noch damit im Widerspruche stehen würde, daß die mit dem Course solcher Papiere nothwendig verbundene Alea, sammt dem hieraus zu hoffenden Gewinne von den Gesetzen nicht blos vollkommen erlaubt, sondern sogar vielfach begünstigt ist. Das Anastasische Gesetz also, wenn gleich seine Anwendbarkeit auf solche Fälle sich nicht leugnen läßt, wo seine Voraussetzungen zwar möglicherweise falsch, aber doch nicht geradezu unmöglich sind, kann dennoch unmöglich auf solche Verhältnisse bezogen werden, wo gesetzlich gerade das Entgegengesetzte seiner Voraussetzungen gilt. Vielmehr heben die Gesetze, welche den Cours und die Alea hier gestatten, die Voraussetzung nothwendig auf, daß auch hier der Cedent nur darum seine Forderung für Geringeres preisgebe, weil er selbst gar keinen größeren Werth ihr beimesse, und die Uebertragung solcher Papiere wird hierdurch zu einer besonders qualifizirten, gesetzlich anerkannten Art der Cession, die unter das Anastasische Gesetz sich nicht, wie andere Cessionen,

subsumiren läßt. Wo eine gesetzlich erlaubte Alea in Frage steht, da ist es ganz unmöglich, den Courspreis in dem Grade bestimmt zu denken, wie es gleichwohl nöthig seyn würde, um aus dem Verkaufe zu geringerem Course irgend welchen Verzicht, oder gar um von dem geringeren Courspreise auf einen Verzicht am Nominalwerthe, als den eigentlichen Gegenstand der Cession, zu schließen. Vielmehr streitet hier die Voraussetzung dafür, daß Verkäufer und Käufer bei ihrem Geschäfte die, im Verkehre sich ihnen darbietenden Gewinne, gegen einander abwägen, so daß dem Käufer ein Gewinn am Papiere, dem Verkäufer dagegen ein, mit der geringeren Summe, die ihm als Kaufpreis für Letzteres freilich genügt, dennoch anderweit zu erzielender größerer Gewinn zufällt. Hiedurch aber gleicht sich der gezahlte Kaufpreis, als Aequivalent der Forderung, vollkommen mit dieser aus, und wie das Geld überhaupt nur Mittel ist, um beliebige Zwecke zu erreichen, so erscheint auch hier jener Preis als vollwichtiges Mittel, um einen, die ganze Höhe der Forderung mindestens erreichenden, wo nicht gar übersteigenden Gewinn zu machen. Wenn die Einrede aus dem Anastasischen Gesetze, wie Mühlenbruch (Cession S. 544) sagt, wegfällt, wo „die Natur des Geschäftes eine genaue Ausmittelung der Summe unmöglich macht, welche für die abgetretene Forderung bezahlt wurde"; so muß diese Einrede auch hier wegfallen, wo nicht minder nach der Natur der Geschäfte, wenn auch nicht die gezahlte Summe in Schrot und Korn, doch gewiß der Werth, — den sie augenblicklich für den Verkäufer hatte, um einen anderen Vermögensgewinn zu machen, und der doch wohl beim Gelde, besonders für den Kaufmann ꝛc. die Hauptsache bleibt, — ebensowenig genau sich ermitteln läßt. Aus Alledem folgt aber, daß der Schuldner nirgends einen Grund zu dem Einwande finden wird, daß der Käufer auch hier nur zur Einforderung des Aequivalents für die Summe von dem Verkäufer beauftragt sei, die Letzterer von ihm selbst erhalten habe: denn theils hat der Schuldner hier gar keine Einrede aus der Person eines Vormannes; theils ging der Auftrag hier wirklich auf den ganzen Nominalwerth, für den der Verkäufer bei dem, eine gesetzlich erlaubte Alea mit sich bringendem Geschäfte, vollen Ersatz allerdings erhalten hat.

§. 5.
Prioritätsaktien.

Zur weitern Beurtheilung wird es nöthig seyn, auch noch einige Bemerkungen über den Unterschied zwischen Stamm- und Prioritätsaktien und über die Bedeutung der Letzteren hier voraus zu schicken. Denn die Frage, ob jener Unterschied wirklich ein so wesentlicher sei, daß da, wo für versprochene Prioritätsaktien gleichwohl nur Stammaktien geliefert wurden, in der That der gelieferte Gegenstand als ein gänzlich von dem versprochenen verschiedener erscheine? ist hier eine der wichtigsten. — Gehen wir nun zuvörderst von der Bedeutung des Wortes Priorität aus, so müssen Prioritätsaktien nothwendig solche seyn, die nicht etwa blos in irgend einem Nebenpunkte, z. B. in einer größeren Sicherstellung der Zinsen ꝛc., eine Begünstigung vor anderen Aktien, sondern in der Hauptsache und Forderung selbst einen Vorrang vor den übrigen haben, vermöge dessen Letztere in ihrer ganzen obligatorischen Qualität ihnen nachstehen. Denn ohnedieß würden nicht die Aktien selbst, sondern nur das Zinsrecht, Stimmrecht der Aktionärs oder ähnliche Nebendinge, als prioritätisch bezeichnet werden können. Soll aber der Vorrang der Prioritätsaktien in dieser Weise ein qualitativer der Aktien selbst oder der Forderungsrechte seyn, die sie beurkunden, so läßt sich dieß nur so denken, daß das Stammkapital selbst für jede solche Forderung, wie das Vermögen eines Schuldners für die Forderung eines Gläubigers, haftet. Stammaktionäre haben ihre Rechte an dem Stammkapitale aus dem Aktienvertrage selbst oder dem Gesellschaftsrechte der Gesellschaft, weil sie selbst jenes Kapital zusammengebracht und deßhalb alle an demselben pro rata Antheil haben. Setzt jedoch der Begriff eines Prioritätsgläubigers voraus, daß nicht eher, als bis seine Forderungen bereits getilgt sind, das übrige Vermögen der Gesellschaft zur Vertheilung unter diejenigen kommen kann, welche das Stammkapital zusammenbrachten; so erscheint der Inhaber einer Prioritätsaktie als solcher auch gar nicht als Theilnehmer an der Gesellschaft selbst, sondern außerhalb dieser als deren wahrer Gläubiger, der mit ihr ebensowenig, wie jeder andere Gläubiger mit seinem Schuldner, etwas Weiteres zu schaffen, als seine Forderung gegen ihn geltend zu machen hat. Ein Societätsverhältniß zwischen ihm und den

Theilnehmern am Stammkapitale findet mithin ebenso wenig, wie beim Mutuum zwischen dem Gläubiger und Schuldner, statt, und nicht anders, als wie hier der Darleiher, indem er dem Empfänger die Darlehenssumme gibt, darin eine Verbesserung der Umstände des Letztern erblicken wird, die auch seine Hoffnung auf Rückzahlung der Schuld zu stärken vermag, so wird auch der Käufer einer Prioritätsaktie in der Vergrößerung des Gesellschaftskapitals, zu der er Beihülfe leistet, eine um so größere Sicherheit seiner Forderung finden. Aber bei Alledem bleibt er immer nur Darleiher der fraglichen Summe und Gläubiger der Gesellschaft. — Dieß Alles hindert jedoch nicht, daß solchen Prioritätsgläubigern noch nebenher auch gewisse Societätsrechte von der Gesellschaft zugestanden werden mögen. Denn diese dienen dann nur zur um so größeren Sicherheit ihrer Forderungen, ohne daß deren sonstiger Charakter hierdurch im Mindesten geändert und die Forderung dadurch zur Stammforderung wird. Auch jeder andere Darlehensgläubiger würde ja dadurch nicht in ein anderes Verhältniß zum Schuldner treten, wenn er z. B. von diesem jährliche Rechnungsablegung über dessen Geschäftsführung ausbedungen, oder ihn an seine Zustimmung bei manchen Geschäften gebunden hätte, die etwa der Schuldner beabsichtigen könnte. Vielmehr würde der Gläubiger bei jedem solchem Ausbedingniß nur die Absicht zeigen, sich in seinen, aus dem Darlehensvertrage entspringenden Rechten, desto besser vor jedem Verluste zu schützen. Wollte man endlich mit Manchen noch einen Unterschied zwischen Prioritätsaktien und Prioritätsobligationen machen, so würde er wohl nur darin gefunden werden können, daß für Letztere irgend ein Besitzthum der Gesellschaft noch besonders verpfändet worden wäre, so daß die Obligationsgläubiger hieran ein Vorzugsrecht auch vor den Aktiengläubigern, wie Pfandgläubiger vor chirographarischen hätten.

Für unsere obigen Rechtsfragen ergibt sich nun aber aus Alledem Folgendes:

1) Der Beklagte hat die fraglichen Aktien durch Cession auf deren Käufer übertragen, und ist mithin ihnen und allen, durch den Besitz von Aktien zur Sache legitimirten Nachmännern, einem jeden derselben unmittelbar, da niemals eine Novation eingetreten ist, als Cedens für den Werth verpflichtet, den er bei der Emission den Aktien beigemessen hat.

2) Jeder Inhaber der Aktien ist, insoweit sie nicht amortisirt sind, durch den bloßen Besitz derselben vollständig gegen den Beklagten zur Sache legitimirt, weil keine Einrede aus der Person eines Vormannes ihm entgegensteht. Keiner braucht also auch eine Klage von seinem Vormanne sich abtreten zu lassen, da dieß nur nöthig seyn würde, wenn er für sich keine hinreichende Sachlegitimation hätte. Mithin kann auch derjenige unmittelbar klagen, der seine Aktien nur durch einen Bevollmächtigten zeichnen ließ; weil auch er durch den Besitz vollständig legitimirt ist, und die Einrede des Beklagten, daß er die Aktien nicht persönlich gezeichnet habe, wiederum nur eine Einrede aus der Person eines Vormannes seyn würde.

3) Als Cedent haftet der Beklagte zwar nicht unbedingt für die Güte der Forderung oder dafür, daß der wirkliche Schuldner auch reich, zahlungsfähig, redlich ꝛc., die Forderung also leicht geltend zu machen und zu versilbern sei; folglich auch für keinen, hiervon abhängigen höheren Gewinn im Course: wohl aber für die Wahrheit der Forderung, d. h. für deren Wirklichkeit, nach den, von ihm angegebenen charakteristischen Eigenschaften und der Größe derselben, wie er Beide, und zwar Letztere zum Nominalwerthe der Forderung, als Gegenstand der Cession bezeichnet hat. — Im vorliegenden Falle hatten aber die fraglichen Aktien keineswegs die charakteristischen Eigenschaften, die gleichwohl beim Verkaufe ihnen angedichtet worden waren, sondern wesentlich verschiedene, und es fehlte folglich entschieden an der Wahrheit des cedirten Gegenstandes seiner ganzen Bedeutung nach. Denn die Aktien waren gar keine Prioritäts-, sondern Stammaktien, und ein Schuldner der Forderungen existirte mithin gar nicht, da die Käufer unwissentlich für sich selbst zu Socii der Aktiengesellschaft gemacht worden waren, während die Gesellschaft bei Prioritätsaktien umgekehrt ihre Schuldnerin hätte seyn müssen. Die Forderung selbst war mithin etwas ganz Anderes, als was sie der Angabe nach seyn sollte. Aber auch im Uebrigen hatten jene Aktien manche wesentliche Eigenschaften nicht, die ihnen beigemessen worden waren. Denn

auch die, nur bedingungsweise, ihnen nicht für sich ertheilte, sondern blos auf sie mit ausgedehnter Garantie der Toscanischen Regierung, — also die ganze Existenz eines Nebenschuldners, der wenigstens subsidiär gehaftet haben würde, und mithin Etwas, was ebenfalls wesentlich die Wahrheit der Forderung selbst betrifft, — war zur Zeit der Emission, wo die Erfüllung der Bedingungen jener Garantie bereits als unmöglich erscheinen mußte, gar nicht mehr vorhanden und ganz werthlos; ja sogar niemals in der, von Beklagtem vorgegebenen Weise, vorhanden gewesen [16]. — Der Beklagte ist also, weil er ganz **andere** als die **versprochenen** Aktien lieferte, nicht blos zur Rückzahlung des Kaufpreises den er für **diese erhielt,** sondern zum Ersatze dessen verpflichtet, was er angeblich **cedirte,** also des **Nominalwerthes,** als des **Gegenstandes der Cession selbst.** — Wenn aber aus einer solchen Voreiligkeit aller seiner Angaben auf einen Dolus des Beklagten sich wohl schließen läßt, so haftet dieser als Cedent auch allerdings nicht blos für die Wahrheit, sondern sogar für den höheren Courspreis, den die Aktien, als wirkliche Prioritätsaktien rc., vermöge ihrer Güte hätten erlangen können, insoweit der Beweis eines solchen Preises möglich seyn sollte. Denn daß der arglistige Cedent auch für die Güte der Forderung haftet, ist unzweifelhaft.

4) Jeder Aktieninhaber, gleichviel zu welchem Preise ihm sein Vormann die Papiere verkauft haben möge, kann folglich

16) Wer Aktien, die keine Prioritätsaktien sind, für solche verkauft, der erdichtet einen Schuldner, der gar nicht existirt, so gut wie der, der bei Angabe eines Mitschuldners verheimlicht, daß dieser, wie hier, nur unter den mißlichsten, theils in die Willkür des angeblichen Hauptschuldners selbst gestellten, theils sogar schon von vornherein unerfüllbaren Bedingungen, eine Verbindlichkeit übernommen hat. Denn auch ein solcher Nebenschuldner ist gar kein Schuldner. Vielmehr könnte er dieß nur erst werden, wenn wirklich die Bedingungen erfüllt wären, welche hier in der That von vornherein gar nicht mehr gelten können, als wie wenn Jemand geradezu nur, si mihi placebit, versprochen hätte.

auch den Werth derselben nicht blos bis zur Kaufs-, aber auch nicht blos bis zur ursprünglichen Emissions-Summe von 93%, sondern bis zum Nominalwerthe fordern. — Im entgegengesetzten Falle würde man zu der, offenbar verkehrten Annahme hingedrängt werden, daß, wenn der jetzige Besitzer von seinem Vormann theurer, als dieser von dem seinigen, gekauft hätte, dennoch Ersterer nur den geringeren Preis von Beklagtem forderen könne, den Letzterer erhalten habe.

§. 6.

Der Kauf als Klaggrund und die Kaufklage.

Mit allen, hier zuletzt angeführten, auf Grund der Cession geltend zu machenden Ansprüchen lassen sich jedoch jedenfalls auch noch ähnliche, aus dem Kaufe abzuleitende und durch die Kaufklage zu verfolgende, in concurrenter Klage verbinden. Denn Cession und Kauf sind hier zwei Klaggründe, die jedenfalls beide zugleich, und, da die Cession nur Folge des Kaufes war, in materieller Verbindung mit einander, den Inhabern der Aktien zur Seite stehen, so daß hier ein Fall elektiver Klagconcurrenz vorliegt, in welchem eine objektive Cumulation der zuständigen Klagen gestattet ist. Denn elektive Klagconcurrenz findet bekanntlich statt, wenn das Objekt, wie hier die Ansprüche an den Beklagten, dasselbe ist; die Klaggründe aber, wie hier Cession und Verkauf, verschieden sind, wo dann freilich die bereits durchgesetzte Klage, — weil man nicht zum zweitenmale dasselbe Objekt fordern kann, was man mit der ersten Klage schon gewonnen hat, — zerstörend auf die andere wirkt; aber jede von beiden sogar dann noch übrig bleibt, wenn die andere aufgegeben oder schon verloren ist [17]). Daß aber in solchen Fällen die zuständigen Klagen in einem und demselben Libell auch sich cumuliren lassen, wenn man in Zweifel ist, welche die passendere sei, sobald man erklärt, daß man nur mit einer das Gebührende erlangen wolle, ist bekannt [18]). — Auch die Kaufklage steht also den Aktieninhabern hier zu Gebote.

---

17) Vgl. Mühlenbruch, Lehrb. der Pandekt. I. §. 140. nr. III. Thibaut's System §. 67. nr. II. Wening-Ingenheim I. §. 44. (S. 113) ꝛc.

18) Linde, Civilprozeß §. 193 u. A.

Die nähere Betrachtung der, aus dem Kaufe ihnen zuständigen Rechte, führt aber im Wesentlichen ganz zu denselben Resultaten, wie bei der Cession. Denn gesetzt der Beklagte sollte nicht als Cedent, sondern als Verkäufer jener Aktien in Anspruch genommen werden, was er allerdings ebenfalls ist, so würden doch mindestens die späteren Inhaber von den Primitiverwerbern ihre Aktien jedenfalls durch Cession zu einer Zeit erhalten haben, wo das ganze, hier zum Grunde liegende Rechtsverhältniß zwischen dem Beklagten und den Zeichnern seiner Aktien, bereits zu seinem vollen concreten Abschlusse gelangt war. Denn wie man auch immerhin über den Ursprung der Obligation bei Papieren „auf Inhaber", und über das oben darüber Gesagte urtheilen mag, so ist doch gewiß, daß das Papier, nachdem es in der Verbindlichkeit des Schuldners seinen Werth für einen bestimmten Träger des Rechtes bereits wirklich gewonnen hat, mit diesem Werthe nur durch Cession weiterhin übertragen werden kann. Hatten aber die Primitiverwerber ihre Rechte aus dem Kaufe erlangt, so konnten natürlich auch keine anderen, als diese Kaufrechte, nachher durch Cession auf ihre Nachmänner übertragen werden. Denn der Cedent kann doch den Cessionar nicht beauftragen, andere Rechte, als die von ihm selbst gegen den Schuldner erworbenen, für sich gegen Letzteren geltend zu machen. Auch dem Cessionare müssen daher die Rechte des Cedenten aus dem Kaufe, sammt dessen Klagrechte gegen denjenigen zukommen, von welchem die Aktien ursprünglich erkauft worden waren, gleichviel durch wieviele Zwischenmänner er immerhin seine Ansprüche von dem ersten Cedens ableite. Jeder Cessionar tritt als procurator in rem suam, um den Zweck einer Forderung für sich zu realisiren, in Betreff dieses Zweckes ganz in die Stelle des ursprünglich Berechtigten ein, und hat daher nothwendig auch dessen Klage auf Erfüllung dieses Zweckes, hier also die Kaufklage, wie der Cedent selbst sie gehabt haben würde.

Die Kaufklage aber, wobei alle dermalige Aktieninhaber ohne Unterschied als Cessionare durch den Besitz ihrer Aktien zur Sache legitimirt sind, geht hier zunächst zwar nur auf Rückzahlung des Kaufpreises für das Kaufobjekt, was der Käufer vertragsmäßig fordern konnte, wenn und weil er es gleichwohl nur so mangelhaft erhalten hat, daß er darum, wegen eines vitium essentiale, gar nicht weiter an den Kauf selbst gebunden seyn kann. Allein der

Dolus und sogar schon die culpa lata verpflichtet den Verkäufer allerdings auch noch zur Leistung des id quod interest, welches mit jener Klage, wenn auch nicht unbedingt soweit gefordert werden kann, daß er dem Käufer einen blos zu hoffenden Gewinn; doch wenigstens soweit, daß er Alles zu prästiren hat, was seinem Vorgeben nach Letzterer bereits zu haben erwarten durfte. Vgl. l. 8. D. de evict. (21, 2). Venditor hominis emtori praestare debet, quanti ejus interest, hominem venditoris fuisse. Quare, sive partus ancillae, sive hereditas, quam servus jussu emtoris adierit, evicta fuerit; agi ex emto potest, et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem, quem vendidit, ita ea quoque, quae per eum adquiri potuerunt, praestare debet emtori, ut habeat. — D. h. also, er muß ihm nicht blos den Werth des Kaufgegenstandes selbst, sondern auch alles das ersetzen, was er faktisch mit und durch jenen Gegenstand schon erworben hatte, — wie hier die, von den Sklaven bereits angetretene Erbschaft, — sobald der Käufer dieß, mit dem Kaufobjekte selbst, durch die Schuld des Verkäufers rechtlich wieder verliert. Denn wenn der Käufer, wie nachträglich sich zeigt, soviel, als er bereits rechtlich erworben zu haben annehmen durfte, gleichwohl nicht erworben hatte, so handelt es hierbei sich gar nicht um das sogen. lucrum cessans, sondern um eine positive Vermögensverringerung (damnum emergens), die er durch die Schuld des Verkäufers erleidet. Denn er war von dem, was mit dem Kaufobjekte selbst, als Theil seines Vermögens, wenigstens dem Verkäufer gegenüber, ihm bereits zugehörte, gleichwohl durch dessen Schuld, dem wahren Berechtigten gegenüber, nur im guten Glauben Besitzer geworden, und hatte also an diesen verloren, was er durch jenen wirklich schon erworben hatte. Die Verbindlichkeit des Verkäufers zur Leistung dieses id quod interest geht aber auf's Deutlichste hervor aus Mommsens Beiträgen zum Obligationenrechte (Braunschw. 1855. 8. Bd. II. S. 134 ff.), wo überhaupt bei der ganzen Frage über den Anspruch auf Entschädigung durchgehends das Hauptgewicht gelegt wird auf die Erweislichkeit theils eines wirklichen Vermögensverlustes und seiner bestimmten Größe (im Gegensatze eines bloßen Affektionswerthes rc.), theils eines wahren Causalnexus zwischen dem Verluste und der Thatsache, worin dessen Grund gesucht wird. Unter Anderem aber heißt es daselbst hauptsächlich:

„Völlig unzweifelhaft sind zunächst die Fälle, in welchen der Erwerb zu der Zeit, wo die Wirkungen des beschädigenden Ereignisses sich gezeigt haben, faktisch bereits von dem Beschädigten gemacht war; so daß die, zum Ersatze verpflichtende Thatsache nur die Wirkung hat, daß der Erwerb nicht auch rechtlich dem Beschädigten zugefallen ist. Hier liegt der Causalnexus mit einer solchen Bestimmtheit vor, wie dieß selbst in Ansehung des positiven Schadens selten der Fall ist." — Denn wenn hier die Fälle, wo der Gewinn faktisch bereits gemacht, aber durch Dolus oder Culpa rechtlich verhindert worden ist, als unbedingt zum Ersatze verpflichtend, obwohl nur als Fälle eines lucrum cessans, dargestellt werden; so müssen noch weit mehr diejenigen, wo umgekehrt der Gewinn rechtlich bereits gemacht, aber durch Dolus oder Culpa faktisch verhindert worden, nicht blos zu den unbedingt verpflichtenden, sondern sogar zu den Fällen eines wahren damnum emergens gezählt werden, da Alles, was man rechtlich erworben hat, schon ganz zum Vermögen, nicht blos zum Besitzthume gehört, und wenn man es faktisch wieder verliert, kein bloßer Verlust eines künftig zu hoffenden Gewinns, sondern ein wahrhaft positiver Schade eintritt. Wer würde es z. B. nicht für einen solchen Schaden des Käufers erklären, wenn der Verkäufer eines Thieres diesem vor dem Verkaufe Gift gegeben hätte, woran es nachher stürbe? Rechtlich war der Erwerb hier offenbar vollendet, obgleich faktisch schon beim Verkaufe das Kaufobjekt ebensowenig taugte, wie die, von Beklagtem verkauften Aktien.

Wendet man nun aber dieß auf unseren Fall an, so zeigt sich auch hier unverkennbar, daß die Aktieninhaber ihre Aktien, und mithin auch den vollen Betrag oder Nominalwerth derselben, soweit ihnen Schuldner und Nebenschuldner vorgeblich aus Prioritätsaktien verpflichtet seyn sollten, allerdings schon bei deren Ankaufe rechtlich bereits erworben hatten, und nur faktisch durch die Unterschiebung eines falschen Objektes verhindert worden sind, das, was bis zum Pari ihnen bereits gehörte, bis dahin auch wirklich zu verwerthen. Ihr Recht auf solche Aktien, wie ihnen der Beklagte versprochen, war schon vollständig begründet, und nur bei dessen Erfüllung waren sie faktisch getäuscht worden. Denn ein obligatorisches Recht, wie hier, ist und bleibt erworben, sobald die Obligation abgeschlossen ist, ohne daß durch die betrügliche oder sonst mangelhafte Erfüllung desselben die Erwerbung im Mindesten gestört werden kann. Wollte

man aber einwenden, der Nominalwerth, bis zu dessen Betrage die Verpflichtung des Beklagten ging und noch jetzt geht, sei bei Aktien nur ein imaginärer; so läßt sich darauf erwiedern, daß dieß auch bei jeder anderen Forderung, weil jede nur etwas Intellektuelles ist, gelte, und dennoch wird Niemand behaupten, daß der, der irgend eine Schuldverschreibung an Zahlungsstatt angenommen hat, nicht wirklich, wenn es nur an ihrer Wahrheit nicht fehlt, Zahlung erhalten habe, wiewohl es auch für ihn noch prekär bleibt, ob und wieviel er auf die Verschreibung von deren Aussteller wirklich erhalten werde. Freilich ist ein Aktienkauf ein aleatorisches Geschäft; allein dieß heißt doch nicht, der Käufer unterwerfe sich dadurch vertragsmäßig auch den Folgen einer jeden Täuschung. Vielmehr hat er auch bei jedem solchen Geschäfte vollen Anspruch, das Objekt desselben so, wie es nach seinen Eigenschaften und dem Umfange seines Werthes versprochen worden ist, oder den Ersatz dafür zu verlangen, und jenen Umfang bezeichnet der Nominalwerth, der mit der quantitativen Wahrheit der Forderung in Eins zusammenfällt. Nur bei der Güte der Forderung kommt die Alea in's Spiel. Diese oder den möglichen Cours einer Forderung, also auch den hieraus zu hoffenden Gewinn zu beurtheilen oder zu berechnen, ist Sache ihres Käufers. Aber für die Wahrheit oder vollkommene Uebereinstimmung des gelieferten Objektes mit dem versprochenen, und für den positiven Vermögensverlust, den der Käufer, bis zum vollen Werthe des versprochenen, durch Lieferung eines ganz anderen Objektes erleidet, haftet der Verkäufer auch aus dem Kaufe.

Sonach kann es also keinem Zweifel unterliegen, daß der Beklagte, durch den die Aktieninhaber den Verlust dessen, was ihnen als nomen verum rechtlich bereits zustand, dennoch faktisch erlitten haben, nicht blos bis zur Emissionssumme, sondern bis zum Pari ihnen Ersatz schuldig ist. Denn er gewährt ihnen hierdurch nicht im Mindesten einen größeren Vortheil, als er selbst ihnen durch den Verkauf der Aktien rechtlich schon gewährt hatte.

§. 7.

Die Ansprüche der Primitivkäufer aus dem Dolus können auch von dritten Besitzern der Aktien geltend gemacht werden. Folgerungen.

Endlich thut aber der Umstand, daß hier durch die actio emti zugleich der Dolus geltend zu machen ist, auch den späteren Er-

werbern der Aktien keinen Eintrag. Denn einerseits ist hier die Rede keineswegs von der actio doli selbst, die als famosa allerdings manchen Beschränkungen unterliegt, blos als subsidiäre Klage stattfindet, wo eine andere fehlt, und insbesondere nur von dem Betrogenen allein und seinen Erben angestellt werden kann [19]). Sondern einerseits handelt es sich hier um Rechtsansprüche aus einem, als betrügerisch angefochtenen Geschäfte, die durch die einfache, jedem Contrahenten zustehende, und eben nicht subsidiäre Contraktsklage geltend gemacht werden, wobei jene Beschränkungen nicht stattfinden. Andererseits war die Forderung aus dem Dolus, auf vollen Ersatz bis zum Pari, bereits beim ersten Ankaufe der Aktien von den Primitivkäufern vollständig erworben; bei der Uebertragung der Aktien auf ihre Nachmänner, wodurch eben die ganze Forderung, mit Allem, was sie enthielt (folglich auch bis zum Pari sammt allen Ansprüchen aus jenen Dolus), auf Letztere überging, stand daher nicht das geringste Hinderniß ihrer Cessibilität im Wege. Auf das Deutlichste ergibt sich dieß aus Mühlenbruch Cession §. 25. (S. 276) [20]). — Ganz dafür sprechen aber auch die daselbst angeführten Gesetzstellen, wonach bei allen Sachen, die durch Gewalt, Diebstahl ɩc. verloren gegangen sind, die zu ihrer Verfolgung nöthigen Klagen, also namentlich die condictio furtiva, actio furti, damni injuria dati und ähnliche als vollkommen cessibel gelten [21]). Auch Dionysius Godofredus bemerkt zu l. 80. D. de furtis: id quod interest pecuniariter, etiam spectatur et venit in delictis, wodurch er die, von Mühlenbruch ausgesprochene Ansicht bestätigt, daß auch die, auf Delicta sich gründenden Ansprüche, wenn sie nur pekuniäre sind, sich cediren lassen. Können aber solche Ansprüche, wie hier die aus Gewalt, Diebstahl ɩc. erwachsenden, durch Klag=

19) Vgl. Mühlenbruch, Pand. I. §. 164.

20) „Ist eine Forderung einmal rechtlich erworben, oder in das Vermögen des Berechtigten übergegangen; so ist die besondere Beschaffenheit des Verhältnisses, aus welchem sie entspringt, an und für sich kein Grund gegen die Cessibilität. Daher können alle aus Delicten entspringende pekuniäre Ansprüche abgetreten werden, sie mögen nun auf bloße Sachverfolgung, oder auf Privatgenugthuung gerichtet seyn.“

21) L. 35. §. 4. D. de contrah. (18, 1). L. 31. pr. D. de act. emti (19, 1). L. 38. §. 1. D. de solut (46, 3). L. 14. pr. D. de furtis (47, 2). L. 80. pr. eod. & §. 3. Instit. de emt. & vend. (III, 24).

abtretung übertragen werden, so läßt sich gewiß auch bei Ansprüchen aus einem Dolus deren Cessibilität nicht bezweifeln, wenn sie nur pekuniäre und zur Zeit der Cession schon vollständig begründet waren. Dieß aber sind sie hier unleugbar zu der Zeit gewesen, wo von irgend einem Primitiverwerber dessen ganze Forderung, mit allem was daran hing, durch Uebergabe des, „auf den Inhaber" gestellten Papieres, auf einen Nachmann übertragen wurde. Denn der dem Verkäufer zur Last gelegte Betrug war verübt und mithin der Anspruch daraus begründet, sobald das untergeschobene Papier an den Käufer selbst ausgehändigt wurde. Als Cessionar aber tritt jeder seiner Nachmänner, soweit es um die Erfüllung seiner obligatorischen Ansprüche sich handelt, ganz in dessen Stelle ein.

Auch hieraus ergibt sich demnach auf das Bestimmteste, was schon oben, bei Beurtheilung der fraglichen Verhältnisse aus anderem Gesichtspunkte, hervorging:

1) Daß auch die actio emti, selbst insofern ein Dolus durch sie geltend gemacht werden soll, allen dermaligen Aktieninhabern ohne Unterschied, den späteren Erwerbern nicht minder als den Primitivzeichnern, zustehe, da auch Erstere vermöge der Cession als procuratores in rem suam die Leistung dessen, worauf der Rechtsanspruch der Letzteren sich erstreckt, mit jeder, ihrem Cedenten selbst zuständigen Klage, für sich zu fordern haben, und hierbei durch den Besitz ihrer Aktien vollständig zur Sache legitimirt sind.
2) Daß alle Aktieninhaber nicht blos bis zum Betrage ihres Kaufpreises oder der Emissionssumme, sondern bis zum Nominalwerthe und Pari Entschädigung für den Verlust fordern können, den Alle an dem von ihnen bis zu diesem Betrage bereits erworbenen Rechtsansprüchen, und mithin an ihrem rechtlich schon wirklich vorhandenen Vermögen, durch die Unterschiebung solcher Aktien faktisch erlitten haben, welche gänzlich verschieden von den versprochenen waren.

§. 8.

Klagencession.

Es fragt sich aber hierbei noch: können die Besitzer gleichartiger Werthpapiere ihre Ansprüche in gemeinschaftlicher Klage verfolgen, und ist eine subjektive Cumulation von Klagen räthlich? Ist nicht wenig-

stens dadurch abzuhelfen, daß die Kläger Einem unter sich eventuell ihre Ansprüche cediren und bemerken, daß sie den Cessionsbetrag diesem zu wählenden Cessionare creditiren, oder daß Einer der Interessenten vor Anstellung der Klage die betreffenden Ansprüche Dritter sich cediren ließe, um dann im eigenen Namen und zugleich als Cessionar zu klagen? — Allerdings würden die etwa zu erhebenden Bedenken gegen die Zulässigkeit einer subjektiven Cumulation der in Frage stehenden Klagen, leicht durch eine Cession derselben sich beseitigen lassen. Denn eine Cession kann bekanntlich auch gegen den Willen des Schuldners, und mithin in der Regel ohne Einwendungen von seiner Seite, bewirkt werden. Ausnahmen von dieser Regel treten nur dann ein, wenn er durch die Cession in einen Zustand sich versetzt sehen würde, in welchem er ein materielles Unrecht zu erleiden, oder doch zu befürchten hätte, wie dieß namentlich beim arglistigen Vorschieben eines Mächtigeren, als Kläger, und selbst hier blos bei simulirten Cessionen, deßhalb der Fall seyn würde, weil gegen einen solchen Kläger der Schuldner allerdings in der Vertheidigung seines Rechts 2c. Gefahr leiden und zu manchen Concessionen sich genöthigt finden könnte [22]). Solche Einwürfe gegen die Gültigkeit der Cession würden aber bei Papieren „auf Inhaber" schon deßhalb und um so mehr wegfallen, weil der Schuldner hier gar keine Einreden aus der Person eines Vormannes, also auch nicht die Einrede gegen den jetzigen Besitzer hat, daß dessen Vormann ihm weniger gefährlich, als er selbst, gewesen seyn würde. Vielmehr würde auch jede solche Einrede mit der ganzen, in den Worten „auf Inhaber" ausgesprochenen Intention, solchen Papieren einen ganz freien Verkehr zu gewähren, geradeswegs im Widerspruche stehen. Allein von allen ähnlichen Befürchtnissen des Beklagten kann überhaupt im vorliegenden Falle gar keine Rede seyn. Denn es handelt sich hier gar nicht darum, dem Schuldner irgendwelche Schwierigkeiten bei Geltendmachung seiner Rechte zu bereiten; sondern gerade umgekehrt, den Gläubigern die Verfolgung ihrer Rechte, durch Beseitigung von Kosten, Zeitverlust und anderen Schwierigkeiten, zu erleichtern. Wo aber Jemanden der Weg zu seinem Rechte erleichtert wird, da wird seinem

---

22) Vgl. Mühlenbruch, Cession S. 380 und Wening-Ingenheim, Civilrecht II. §. 209. (S. 80.)

Gegner freilich zugleich der Weg, jedoch nur der, zur Erreichung rechtswidriger Absichten erschwert, und dieß ist, soweit es nicht durch Mittel geschieht, die für sich selbst ebenfalls verboten sind, nirgends und Niemandem verwehrt. Selbst gegen eine blos simulirte Cession der fraglichen Forderungen, zum Zwecke ihrer leichteren Verfolgung, möchte daher der Schuldner kaum haltbare und gegründete Einwendungen zu machen haben. Denn obwohl Simulationen nach den Gesetzen und allgemeinen Rechtsansichten unter den simulirenden Parteien selbst freilich nur insoweit für verbindlich gelten und gelten können, als ein ernstlich gemeintes und an sich selbst erlaubtes Rechtsgeschäft unter ihnen sich verbirgt; so gehen doch die Gesetze, die sie schlechthin verbieten und für wirkungslos erklären, schwerlich auf andere Fälle, als auf solche, wo unter dem Deckmantel eines formellen Rechts, durch Umgehung eines verbietenden Gesetzes (wie bei der donatio inter virum et uxorem), der Zweck einer materiellen Rechtswidrigkeit auf arglistige Weise verhohlen werden soll. Hierbei aber würde der Richter auch schon ex officio von der Simulation Kenntniß zu nehmen und sie für ungültig zu erklären haben. Hingegen möchte der Beklagte, als Dritter, wenn er den simulirenden Parteien, ohne eine Arglist gegen ihn selbst ihnen vorwerfen zu können, dennoch die Einrede der Simulation entgegenstellen wollte, wohl nicht leicht deren Replik zurückweisen können, daß es hier um eine, für ihn selbst ganz fremde und lediglich eigene Angelegenheit der Parteien sich handele, wogegen er seinerseits gar kein wahrhaft begründetes Rechtsinteresse, aus welchem eine Einrede sich ableiten ließe, geltend zu machen habe. Denn bekannten und nach allen Seiten hin anerkannten Rechten nach hat Niemand in die Rechtsverhältnisse Dritter, insoweit diese nicht seine eigenen Rechte wirklich stören, sich einzumischen [23]). Im vorliegenden Falle aber würde die Simulation allerdings in keiner Weise zur Störung des Beklagten in seinen Rechten, sondern nur dazu dienen, mit Hülfe eines formellen Rechts dasjenige, was auch materiell Rechtens ist, gegen den Beklagten desto besser verfolgen zu können. Insbesondere aber muß bei Papieren „auf Inhaber" die Einrede der Simulation schon deßhalb wegfallen, weil sie wiederum nichts anderes ist, als eine Einrede wegen ermangelnder Sachlegitimation

---

23) Vgl. Linde, Civilprozeß.

des Klägers. Denn offenbar ist sie darauf gerichtet, daß dessen Vormann ihm die Forderung nicht wirklich, sondern nur zum Scheine, cedirt habe, also der Kläger auch nicht wirklich, sondern nur zum Scheine zur Sache legitimirt sei. Allein eine Simulation würde auch überhaupt hier gar nicht nöthig seyn. Denn sowie eine Cession ursprünglich gar nichts weiter, als eine bloße Klagabtretung war, und sowie aus den vorhin erst (Note 21) angeführten Stellen sich ergibt, daß eine solche Klagabtretung ganz allein und für sich auch selbst da gestattet ist, wo eine Uebertragung des klagbar zu machenden Rechts zur Zeit gar nicht möglich ist [24]); ebenso würde auch hier kein Hinderniß im Wege stehen, wenn alle Berechtigte nur die Klagen, die ihnen zustehen, an Einen unter sich Behufs der Prozeßführung abträten und an diesen, als procurator in rem suam, ihr Interesse am Prozeß übertragen wollten, damit er im eigenen Namen, ohne ihre weitere Einmischung, desto selbstständiger die Rechte Aller geltend mache, wenn auch diese Rechte selbst ihm nicht cedirt wären. Auch die Cession einer Forderung geht nicht auf Uebertragung des obligatorischen Rechtes selbst, sondern seiner Erfüllung, als des Zweckes der Obligation, und da der Prozeß, als nächster Zweck einer streitigen Obligation, sehr wohl von ihrer Erfüllung, als dem Endzwecke derselben, sich unterscheiden läßt, so ist nicht einzusehen, warum die Cession nicht ebenso gut zur Erreichung des ersten, wie des letzten Zweckes sollte rechtlich möglich seyn, wo ein besonderes Interesse der Parteien am Prozesse, wie hier, sich geltend macht. In privatrechtlichen Angelegenheiten gilt die möglichste Freiheit des Verkehrs, wo Jeder seine Angelegenheiten nach eigenem Sinne einzurichten hat, und hier ist Alles erlaubt, was, ohne Störung fremder Rechte, möglich ist; denn hier gilt der Grundsatz: pacta faciunt legem inter partes. In dieser Weise aber würde hier die Cession nirgends für eine blos simulirte ausgegeben werden können; denn sie würde dann gar nicht auf die Forderungen selbst, an deren Erfüllung, als Endzweck derselben, jeder Gläubiger seine Ansprüche für sich behielt; sondern lediglich auf dessen Klage, als nächsten Zweck, sich beziehen, und diesen

24) Namentlich die Cession der Vindikationsklage für sich finden wir in dieser Weise sehr oft erwähnt, wo die Eigenthumsübertragung selbst noch unmöglich ist, weil die Sache in dritten Händen sich befindet.

würde der Cessionar als solcher nun nicht mehr blos zum Scheine, sondern der Wirklichkeit nach geltend zu machen haben. Die rechtliche Möglichkeit einer solchen Klagabtretung gründet sich aber ganz besonders darauf, daß zwar eine Klage niemals ein Recht ganz für sich seyn kann. Denn wo ein klagbar zu machendes Recht hinter ihr gar nicht in Frage steht, gibt es natürlich auch keine Klage. Umgekehrt ist die Klage aber auch nicht mit dem klagbaren Rechte selbst ganz identisch. Denn sonst könnte sogar Niemand eher, als bis er das fragliche Recht bereits erwiesen hätte, ein Klagrecht beanspruchen. Sehr richtig sagt daher Puchta, Pandekten §. 1: „In diesem Sinne ist die Klage (nämlich im materiellen Sinne oder als Klagrecht) das Annexum eines Rechts, ein Zusatz zu seinem Inhalte; nicht, wie Manche geglaubt haben, ein Recht für sich." — Oder noch richtiger würde man wohl sagen: Das Klagrecht ist ein allgemeines oder abstraktes, jedem Staatsbürger schon als solchem zuständiges Recht, welches mit dem klagbaren Anspruche selbst nur insoweit in Berührung tritt und treten muß, als es erst hierin für jeden Fall den concreten Grund seiner Ausübung (den Klaggrund) finden kann, dessen es zu dieser Ausübung bedarf und durch den es für jeden Fall seine besondere Modifikation erhält. Wie das Eigenthum ein allgemeines Recht gegen Jeden, aber nicht ohne besonderen Grund, sondern nur gegen denjenigen geltend zu machen ist, der zu dem Eigenthümer, z. B. durch Beschädigung seiner Sache, in ein concretes Verhältniß getreten ist; so ist auch das Klagrecht ein allgemeines, aber nicht ohne einen ähnlichen concreten Grund geltend zu machendes Recht. Sowie aber die, aus einem solchen Grunde zuständige Klage auch für sich allein, z. B. durch Klagverjährung, verloren gehen kann, ohne daß das, dadurch klagbar zu machende Recht ebenfalls wirklich unterginge, oder wie das römische Recht dieses, in der Natur der Sache liegende Verhältniß zwischen dem Klagerechte und dem klagbaren Rechte selbst, bekanntlich sogar bis zu seiner vollsten Consequenz, bis zur Idee eines wirklichen Prozeßeigenthums oder dominium litis des Prozeßführers entwickelt hatte: ebenso beweisen die bereits erwähnten Gesetze des römischen Rechts, daß das Klagrecht als ein besonderes, und von dem klagbaren Rechte wohl zu unterscheidendes, allerdings auch für sich allein cedirt werden könne, wenn der Berechtigte irgend ein von den Gesetzen erlaubtes, oder wohl gar gebotenes Interesse

hierzu hat. Jene Beispiele von Gesetzen aber lassen sich leicht noch durch viele ähnliche vermehren [25]).

In allen diesen Fällen wird ausdrücklich nur von Klagabtretung gesprochen. Darum sagt auch Linde, Lehrb. des Civilproz. §. 193. Anm. 9. von der subjektiven Klagenhäufung „sie lasse sich nicht unbedingt als unzulässig verwerfen, weil das Verbot leicht durch Cession vereitelt werden könne", indem er hierdurch die rechtliche Möglichkeit einer solchen Cession zugesteht. Ebenso Danz Grunds. des ord. Proz. §. 81. a. Schmid, Handb. des Civ.-Proz. II. §. 95. (S. 22.) — Endlich, um noch einen unserer älteren und im Forum gewiß längst anerkannten Prozessualisten zu nennen; auch Biener syst. proc. §. 55. erwähnt in den Worten: nam si unus cessione, aut legato, aut successione utriusque actionis dominus fit, est unus actor, die Klagabtretung als erlaubtes Mittel, wodurch mehrere Betheiligte Einen unter sich als Kläger für Alle bestellen können. Durch Klagabtretung auf die eine oder andere der besprochenen Arten würde demnach der Zweck der hier Betheiligten, ihre Ansprüche in einem und demselben Libell geltend zu machen, allerdings sich erreichen lassen. Gleichwohl erscheint auch dieser Weg, um zu dem fraglichen Ziele zu gelangen, hier gar nicht nothwendig. Denn es bietet sich noch mancher andere Weg dar; zunächst der der Cumulation. (§. 9.)

§. 9.

Klagencumulation.

Obwohl schon die Meinungen älterer Praktiker nicht selten die Zulässigkeit einer subjektiven Klaghäufung verwerfen, so beruht dieß doch überall nur auf dem Grundsatze, daß der Richter ver-

---

25) L. 38. D. de evict. (21. 2). In creditore, qui pignus vendidit, tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex emto, ut quam habet adversus debitorem actionem, eam praestet? Habet autem contrariam pignoratitiam actionem. Et magis est, ut praestet etc. — L. 40. §. 2. D. de hered. petit. Actiones, si quas possessor nactus est, evicta hereditate restituere debet etc. — L. 39. §. 3. D. de leg. I. heredem cogendum, mihi actionem ex emto praestare etc. — L. 6. §. 4. D. nautae, caupones etc. Si cum exercitore egerimus, praestare ei debemus actiones nostras.

pflichtet sei, Alles, woraus eine Verwirrung im Prozesse sich befürchten ließe, von diesem fern zu halten, während sie andererseits den Richter zugleich verpflichten, die Lasten und Kosten des Prozesses den Parteien möglichst zu ersparen. Wo dieß also ohne jene Gefahr möglich ist, wird der Richter auch eine subjektive Klaghäufung, um Kosten zu ersparen, nicht zurückweisen können [26]). Und wie auch die Praxis ganz für Letzteres sich entschieden habe, bezeugt, unter Berufung auf verschiedene Fälle, Richter in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 162. — Besonders klar spricht sich dieß aber auch aus bei Biener l. l. §. 55. not. 10. — Denn obwohl auch dieser die subjektive Klaghäufung verwirft, so gestattet er sie doch in solchen Sachen, in denen primo termino omnia fieri debent, nec confusio metuenda est. In demselben Sinne erklärt sich daher auch Linde a. a. O. für sie, und ebenso Müller [27]), in einer bei Schmid a. a. O. S. 19. abgedruckten Deduction [28]). — Wenn jedoch Schmid a. a. O. S. 22. dagegen einwirft „durch analoge Anwendung der, über die objektive Klagencumulation geltenden Grundsätze, lasse sich die Zulässigkeit der subjektiven nicht begründen"; — so stimmen wir ihm hierin freilich ganz bei: aber nur deßhalb, weil es an einer Analogie hier überall fehlt, und mithin auch ihre Unzulässigkeit nicht hieraus sich ableiten läßt. Da aber auch die, für diese Unzulässigkeit angeführten Gesetze, wie Schmid S. 18 ff. selbst darthut, nicht das Mindeste für letztere beweisen, so ist allerdings „der Standpunkt der Politik des Civilprozesses", auf den Müller fußt, oder, richtiger zu reden, die ganze Natur und das Wesen dieses Prozesses keineswegs so ungeeignet, wie Schmid annimmt, um ihre Zuläs-

---

26) vergl. Martin, Magazin für bürgerl. Prozeß. Göttingen, 1802. 8. I. 1. S. 30 ff.

27) Lindes Zeitschrift I. S. 308 ff.

28) „Dagegen sprechen allerdings allgemeine Gründe für die Zulässigkeit der subjektiven Klaghäufung. Denn die Tendenz jeder zweckmäßigen Civilprozeßordnung gehe doch unstreitig dahin, dem Verletzten auf die schnellste, einfachste und am wenigsten kostspielige Weise die Rechtshülfe werden zu lassen, und zu diesem Zwecke sei denn auch die Klagencumulation zugelassen .... vielmehr könne dieselbe da, wo keine Verwirrung zu befürchten sei, zugelassen werden."

sigkeit für solche Fälle daraus zu begründen, wo keine Verwirrung entstehen kann. Denn wo weder aus bestimmten Gesetzen, noch aus sicheren Rechtsanalogien ein Beweis sich führen läßt, da bleibt eben nichts als die Natur der Sache zur Beurtheilung übrig. Unter den fraglichen Gesetzen aber beweist die hauptsächlich gegen jene Klaghäufung von Danz und Anderen angeführte l. 6. D. de exc. jud. (44. 2.) sogar weit eher für, als gegen deren Zulässigkeit. Denn daselbst heißt es: singulis controversiis singulas actiones unumque judicati finem sufficere, probabili ratione placuit; ne aliter, modus litium multiplicatus, summam atque inexplicabilem faciat difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur. — Denn hier kann vor Allem das sufficere nicht für gleichbedeutend mit requiri s. desiderari genommen werden, als ob das Gesetz sagen wollte: zu allen besonderen, also unter sich verschiedenen Streitigkeiten, sind auch besondere und unter sich verschiedene Klagen erforderlich! — Sondern, da die Worte singulae controversiae im Gegensatze zu dem nachfolgenden modus litium multiplicatus stehen, und singulae controversiae mithin blos „nicht verschiedenartige Streitigkeiten" sind, so ist der Sinn obiger Worte weit eher: wo Streitigkeiten ihrer Art und Beschaffenheit nach identisch sind, da **genügen** für die besonderen Arten besondere Klagen, und für jede besondere Art ein **einziges** Urtheil; damit nicht, durch gleichwohl verschiedenartige Behandlung der **Prozesse**, die Schwierigkeiten bis in's Unendliche vermehrt werden, und am Ende gar über ganz gleiche Rechtsfälle dennoch **verschieden erkannt** werde; der eine Betheiligte siege, während der andere den Prozeß verliere [29]. Die Stelle kann aber auch nicht auf die Zulässigkeit der objektiven Klaghäufung, wie Einige meinen, bezogen werden. Denn darauf paßt das maxime si diversa pronunciarentur nicht, weil daraus, daß jemand verschiedene Klaggründe, die er zur Verfolgung desselben Klagobjektes hat, in ganz verschiedenen Klaglibellen geltend machte, und für jede solche Klage ein anderes Erkenntniß erhielte, gar keine üblen Folgen, wie das Gesetz sie be-

---

29) Auch Schmid a. a. O. S. 19. verwirft mit Müller diese Stelle als eine gegen die subjektive Klaghäufung anzuführende, wiewohl aus anderen Gründen.

fürchtet, entspringen könnten. Wer aus dem einen Klaggrunde nicht siegt, kann hier unbedenklich aus dem andern den Sieg erringen. Ganz anders aber verhält sich dieß, wo, wie bei der subjektiven Klaghäufung, aus einem und demselben Klaggrunde mehrere Kläger auftreten. Denn hier würden allerdings si diversis diversa pronunciarentur übele Folgen hervorgehen. Allen diesen Umständen nach kann daher das Gesetz kaum etwas Anderes, als die subjektive Klaghäufung in solchen Fällen sogar für wünschenswerth erklären. — Wie man aber auch sonst diese Stelle verstehen möge, so ergibt sich doch so viel hieraus jedenfalls, daß der Richter nicht unnöthiger Weise zu einer Vervielfältigung von Prozessen hindrängen soll: ne modus litium multiplicatus summam et inexplicabilem faciat difficultatem. — Hier aber würde offenbar eine solche unnöthige Vervielfältigung eintreten, wenn jeder Aktieninhaber für sich klagen sollte; während bei einer Verbindung Aller zum gemeinschaftlichen Prozesse für diesen keine Verwirrung zu befürchten seyn würde. Denn die Rechtsansprüche Aller sind ja hier die gleichartigsten, so daß nicht zu begreifen ist, wie der Prozeß des Einen einen anderen Verlauf, als der des Anderen, nehmen sollte.

§. 10.

Litisconsortium, Bedingnisse desselben.

Es handelt sich übrigens in unserem Falle auch gar nicht um eine bloße subjektive Klaghäufung, sondern in der That um ein Litisconsortium, in welchem die Aktieninhaber unter einander stehen, wenn sie vereint ihren Prozeß führen. Denn unzweifelhaft ist zu einem solchen vor Allem keine wahre Rechtsgemeinschaft oder absolute Gemeinschaftlichkeit des Klagobjektes, sondern, wie Grolmann, Theorie des gerichtlichen Verfahrens §. 57, sich ausdrückt, nur „eine Gemeinschaftlichkeit desselben Endzweckes in Ansehung desselben Rechtsstreites vor demselben Richter"; — mithin auch keineswegs etwa Untheilbarkeit der klagbaren Forderung, oder ihres Gegenstandes nöthig. Vielmehr kann auch, wo jeder Betheiligte nur für einen bestimmten Antheil berechtigt ist, ein Litisconsortium sehr wohl statthaben, wenn nur Einheit des Klaggrundes oder historischen und rechtlichen Fundamentes der Klage; hauptsächlich aber Einheit ihres nächsten Zweckes

vorhanden ist [30]). — Zwar fordert Volkmann, Syst. des sächs. Proz. II. S. 428. §. 184., zur Streitgenossenschaft materielle Einheit des Streitobjektes; allein auch er beschränkt dieß in der Anmerk. b. mit den Worten: „bei Streitgenossenschaft muß eine materielle Einheit des Streitobjektes, oder doch des Klaggrundes hinzukommen, z. B. wenn Negatorienklage von hundert Bauern, die alle aus demselben Erbregister zu den ver-

---

30) Gesterding, Nachforschungen II. S. 381 ff. „Nach der Lehre der Rechtsgelehrten und dem Gerichtsgebrauche findet ein Litisconsortium statt: 1) Wenn Mehrere aus demselben Grunde Dasselbe fordern ꝛc. 2) Wenn Mehrere aus derselben Handlung oder demselben Rechtsgeschäfte berechtigt oder verpflichtet sind, z. B. Mehrere haben einem Dritten ein Darlehn gemacht: man kann nicht sagen, daß Alle dasselbe fordern; jeder ist nur pro rata berechtigt und hat nur seinen Antheil zu fordern ꝛc." — S. 383: „Es kann immer der Klaggrund verschieden seyn, und doch ist ein Litisconsortium möglich; es muß nur die Klage aus demselben Vorfalle, aus derselben Begebenheit sich herschreiben." — Ebenso äußert sich auch Seuffert, Handb. des Civilproz. II. S. 155. §. 9: „Demzufolge ist I. die Verbindung mehrerer Personen zur aktiven Streitgenossenschaft (als Kläger) zulässig, 1) wenn zwischen ihnen in Ansehung des Prozeßgegenstandes Rechtsgemeinschaft stattfindet, d. h. wenn sie zusammen, gleichviel ob in solidum oder pro rata, das Subjekt des geltend zu machenden Rechts zu seyn behaupten. Die aktive Streitgenossenschaft kann aber auch Platz ergreifen; 2) wenn jedem der Mitkläger ein besonderes, individuelles Recht zusteht, sofern nur die mehreren Ansprüche auf demselben historischen und rechtlichen Fundamente beruhen, so daß zwar nicht Gemeinschaft des Klagrechts (communio juris), wohl aber eine gemeinschaftliche Rechtssache (causae communio), Einheit des Klaggrundes (idem fundamentum agendi), formelle Einheit der Rechtsverhältnisse, Einheit des nächsten Endzweckes vorhanden ist." — Hierauf bezüglich sagt deßhalb auch Grolmann a. a. O.: „Diese mehreren Theilnehmer heißen alsdann Streitgenossen (litis consortes), welche zwar auch ohne Gemeinschaft des Rechts oder der Verbindlichkeit gedacht werden können; in Voraussetzung einer solchen Gemeinschaft aber vorzugsweise den Namen Streitgenossen erhalten, weßwegen die Eintheilung in eigentliche und uneigentliche Streitgenossen als gegründet erscheint." (Eine Eintheilung, die jedoch nur theoretischer Apparat ohne praktische Folgen bleibt.)

schiedensten Zinsen und Fronen verpflichtet seyn sollen, erhoben wird". —

Aus Alledem ergibt sich daher zuvörderst die vollkommenste Uebereinstimmung dessen, was in den angeführten Stellen gesagt wird, mit der von Martin, Magazin I, 1. S. 15, aufgestellten Definition: „Streitgenossen sind mehrere einzelne Personen (sie bilden keine Korporation, sondern nur eine societas), welche befugter Weise denselben gemeinschaftlichen nächsten Zweck, in demselben Rechtsstreite, als **einerlei** Partei zu erreichen suchen", — d. h. nicht schlechthin als eine Partei, sondern als socii auf einer und derselben Seite, nur zu Streitgenossen verbunden. Denn wie bei jeder societas nur die Einheit des Zweckes maaßgebend ist, ohne daß eine Personeneinheit unter den Gesellschaftern eintritt, so kann es hier ebenfalls nur auf eine solche Einheit des nächsten Zweckes auch nach obigen Darstellungen Anderer ankommen, und nur hierauf legt daher Martin alles Gewicht [31]). Dieser Zweck aber ist kein anderer, als die Verurtheilung des Beklagten, oder bei passiven Litisconsorten deren Freisprechung, zu oder von derselben Leistung. Diese Leistung kann jedoch nur da wirklich dieselbe seyn, wo zugleich eine Uebereinstimmung entweder in Betreff des Klaggrundes, oder wenigstens des Klagobjektes sich findet, weil hierdurch deren Einheit bedingt ist, und eine Leistung aus verschiedenen Gründen, auch auf verschiedene Objekte gerichtet, natürlich gar nicht als dieselbe sich denken läßt. Zu wirklich verschiedenen Zwecken pflegt indessen wohl ohnehin Niemand sich mit Anderen zu verbinden. Wo also das Streben nach einer Verbindung da ist, fehlt es gewiß auch nicht leicht an einem wahrhaft gemeinsamen Zwecke, da nur hierin der Grund jenes Strebens liegen kann. Fragen wir nun aber, weßhalb die Gesetze, bei einer solchen Zweckgemeinschaft, eine Genossenschaft der Interessenten gestatten? so findet sich allerdings ein hinreichender Grund hierzu, nicht blos, wie bei der subjektiven Klaghäufung, in der Ersparniß von Prozeßkosten ꝛc., sondern weit mehr noch in denselben Umständen, welche Jedem auch ein Recht, am Prozesse eines Dritten als

31) Vgl. a. a. O. S. 22. „Da ich nun auf die Gemeinschaftlichkeit des nämlichen individuellen Endzweckes bei allen Streitgenossen Alles bauen zu müssen glaube ꝛc."

Nebenintervenient sich zu betheiligen, geben. Darum wird die ganze Lehre vom Litisconsortium bei den Prozessualisten nicht selten geradezu bei Gelegenheit der Intervention abgehandelt, obwohl Letztere, als Betheiligung am Prozesse gegen den Willen des Hauptinteressenten, natürlich weit strenger zu beurtheilen ist, als eine Mitbetheiligung aller Interessenten im Einverständnisse mit einander, wie beim Litisconsortium. (Vgl. Volkmann a. a. O.) — Der Grund also, weßhalb die Gesetze, bei einer Einheit des Zweckes, den Mehrere gerichtlich zu verfolgen haben, das Litisconsortium gestatten, liegt darin, daß es hierbei auch keinem von ihnen wirklich ganz gleichgültig seyn kann, wie und durch welche Mittel jeder Andere für sich jenen Zweck verfolgt. Denn wie leicht könnte der Eine durch eine verfehlte oder mangelhafte Vertheidigung seines Rechts, eine Ansicht hiervon dem Richter geben, die der Andere nicht so leicht ihm wieder zu benehmen vermöchte, die also ihm selbst die Vertheidigung seines Rechts erschweren würde. Würde etwa der Richter selbst, wenn der Eine, in Folge einer schwachen Rechtsvertheidigung bereits ein ungünstiges Urtheil erhalten hätte, wohl noch ebenso leicht, wie ohne dieß, in ganz gleicher Sache zu einem günstigeren Urtheile für den Anderen sich entschließen? Oder was für ein Licht würde es auf den Richter werfen, wenn er in ganz gleicher Sache heute so, und morgen anders spräche? Gewiß würde dieß, um die Worte des oben allegirten Gesetzes zu gebrauchen, nur summam et inexplicabilem facere difficultatem: maxime si diversa pronunciarentur. — Im offenbaren Interesse des Richters, wie der Rechtsbetheiligten selbst, liegt es also, überall, wo der nächste Zweck der Rechtsvertheidigung für Alle einer und derselbe ist, auch gemeinschaftliche Klage und Prozeßführung ihnen zu gestatten, damit Jeder, indem er Gelegenheit hat, den Anderen vor Nachtheil zu wahren, auch sich selbst desto besser bewahren möge. Kann Jemand, wenn und weil er einen solchen nächsten Streitzweck mit den Andern gemein hat, sich diesem durch Nebenintervention, selbst gegen dessen Willen, zum Streitgenossen aufdringen; kann ebenso ein Dritter wider Willen durch Adcitation und Litisdenunciation [32]) zum Prozesse eines Andern sogar umge-

32) Die Gesetze begünstigen also hier die Gemeinschaft sogar soweit, daß sie, durch Zulassung der Nebenintervention, Adcitation und Litisdenun-

kehrt von diesem herbeigezogen werden: wie sollte es da nicht umsomehr Allen, die einen nächsten Streitzweck in ähnlicher Weise gemeinschaftlich haben, ohne Hinderniß freistehen, auch aus eigenem Antriebe als Litisconsorten sich zu vereinigen!

Legen wir den sicheren Maaßstab, den wir zur Beurtheilung des Litisconsortium hier gefunden haben, nun auf unseren Fall an, so wird nicht zu bezweifeln seyn, daß wirklich ein solches unter den Aktieninhabern hier stattfindet und eine gemeinschaftliche Klage ihnen mithin nicht verweigert werden kann. Denn wenn Gesterding ein Litisconsortium da begründet findet, wo Mehrere ein Darlehn einem gemeinschaftlichen Darleiher gegeben haben; Volkmann, wegen Einheit des Klaggrundes, da, wo eine Anzahl Bauern, nicht als Gemeinde, sondern als Einzelne, aus einem Erbregister, wenn gleich wegen ganz verschiedener Leistungen klagen, und Seuffert ausdrücklich auch da, wo doch jeder nur pro rata fordern kann: wie sollte nicht auch hier, schon in Betreff des fraglichen Prozeßgegenstandes, eine solche Gemeinschaft sich kundgeben, woraus ein Litisconsortium entspränge. Niemand wird leugnen, daß überall, wo zum Behufe eines Anlehns Aktien creirt werden, die Anlehnssumme als Gesammtsumme, woran jeder Aktionär nur seinen Antheil zeichnet, ausgeschrieben werde; daß also jeder ebendeßhalb, weil seine Zeichnung nur ein Antheil an einer Gesammtsumme ist, — auch pro rata an der Gesammtforderung Antheil nimmt; daß endlich insbesondere eine Dividende nur unter Voraussetzung eines Gesammtkapitals sich denken läßt, dessen Ueberschüsse, nach Abzug der daran haftenden Lasten rc., zur Vertheilung kommen. Es handelt sich also nicht um so viel besondere, von den einzelnen Aktionärs, von jedem für sich, gegebene Darlehne, als Aktien der Zahl nach creirt worden sind; sondern jede Aktie ist unleugbar nur ein Bruchtheil eines Gesammtdarlehns, und wo die Aktieninhaber klagen, ist mithin der Prozeßgegenstand eines Jeden nicht blos ein ähnlicher, wie der des Andern, sondern wirklich ein Antheil an einem und demselben Gegenstande, auf den die Forde-

---

ciation von den sonst streng gehaltenen Grundsätzen abgehen: Niemand habe in fremde Angelegenheiten sich einzumischen oder könne zu einer Klage gezwungen werden. Vgl. Volkmann a. a. O. II. S. 429 ff. §. 184.

rungen Aller gerichtet sind. Auch steht es ja den Aktionärs und jeder beliebigen Anzahl derselben jedenfalls frei, die Rechtsgemeinschaft, in der sie ohnehin schon durch Einheit ihres Streitgegenstandes unter sich stehen, noch formell durch Eingehung einer Societät geltend zu machen, um ihr gemeinschaftliches Interesse desto gemeinschaftlicher zu wahren. Wer könnte sie hindern, ihre Aktien in einen Gesellschaftsfond einzulegen, und dann noch zweifeln, ob sie als Litisconsorten gemeinschaftlich klagen dürften?

Aber noch weniger, als die Einheit des Rechtsgegenstandes, läßt die des Rechtsgrundes, oder des historischen und rechtlichen Fundamentes der Ansprüche aller Aktieninhaber sich bezweifeln. Denn dieses Fundament ist doch wohl kein anderes, als einerseits die Emission, andererseits die Zeichnung und Erwerbung der Aktien, wodurch das obligatorische Verhältniß zwischen Verpflichteten und Berechtigten, nach dem oben gebrauchten Ausdrucke, seine concrete Bestimmtheit und Vollendung erlangte, oder zum definitiv ausgesprochenen Verhältnisse des Verpflichteten zu bestimmten Trägern desjenigen Rechts wurde, das bis dahin blos abstrakt seiner Pflicht gegenüber stand. Sonach wurde also bei der Aktienzeichnung und Erwerbung ein definitiver Vertrag, gleichviel, ob man ihn als Cession oder Kauf geltend machen möge, abgeschlossen. Aber daraus, daß hierbei auf Seiten der Rechtserwerber soviel verschiedene Personen standen, als Primitivzeichner sich angemeldet hatten, ist nicht zu schließen, daß wirklich auch soviel verschiedene Verträge abgeschlossen worden wären. Hauptsächlich im vorliegenden Falle würde die Unstatthaftigkeit eines solchen Schlusses von selbst in die Augen fallen. Denn das ganze historische und rechtliche Fundament, worauf hier die Ansprüche Aller beruhen, fällt hier in den kurzen Zeitraum von wenigen Stunden, und da der unmittelbare Zweck aller Handlungen, die binnen dieser Zeit geschahen, nur der war, für das Zustandekommen des ganzen Geschäfts durch jede Zeichnung Beihülfe zu leisten, um hierdurch mittelbar den, von jedem Zeichner zugleich für sich beabsichtigten Vortheil zu erlangen; so zeigt sich hier die unverkennbarste Einheit jenes Fundamentes auch rücksichtlich der Zeit, wie rücksichtlich des Zweckes. Der nämliche Zweck, den ein Zeichner verfolgte, das Gesammtdarlehn zu Stande zu bringen, war vollkommen auch der Zweck eines jeden anderen, und auf den Nebenumstand, daß jeder

zugleich, in dem Gewinne für sich selbst, noch einen weiteren Zweck im Auge hatte, kann nicht das Geringste ankommen, da dieß auch bei jedem anderen Geschäfte, woran Mehrere sich betheiligen, nothwendig der Fall ist, und es mithin, wenn hierdurch die Einheit des Geschäfts gestört würde, nirgends ein gemeinschaftliches Geschäft geben würde. Was aber die Zeit anlangt, so wird man zu ihrer Einheit nicht fordern, daß Alles, was zur Erreichung jenes Zweckes geschah, wirklich in einen einzigen Augenblick müsse zusammengefallen seyn, wenn der Vertrag wahrhaft ein einziger seyn solle. Denn dieß zu fordern, würde selbst für die unitas actus beim Testamente, wie streng sie auch beurtheilt werden möge, absurd seyn. Wo Mehrere an der Abschließung eines Vertrages sich betheiligen, da bleibt Letzterer für Jeden von ihnen einer und derselbe Vertrag, wenn auch Einer der Mitkontrahenten die Vertragsurkunde heute, der Andere morgen unterzeichnet. So war es also auch hier rücksichtlich der Zeit und des Zweckes derselbe Vertrag, durch den jeder Zeichner vor Allem das Gesammtgeschäft mitabschloß; der Gegenstand dieses Geschäfts aber war kein anderer, als die aufzubringende Gesammtsumme, und diese Summe, an deren Beschaffung jeder Zeichner sich betheiligte, ist auch jetzt der gemeinschaftliche Rechtsgegenstand Aller. Bei der Beihülfe eines Jeden zu ihrer gemeinschaftlichen Beschaffung ist Jeder durch gleiche Schuld des Beklagten um die, für ihn daraus entspringenden und rechtlich von ihm bereits erworbenen Ansprüche, gebracht worden, und aus der, gegen Alle gemeinschaftlich gespielten Unterschiebung der angeblichen Prioritätsaktien, müssen daher wohl auch Alle gemeinschaftlich auf Entschädigung zu klagen befugt seyn.

Stellt sich aber auf diese Weise die Einheit des historischen und rechtlichen Fundamentes oder der Thatsache heraus, von der alle Aktieninhaber, wie Einer, ihre Ansprüche aus sachlichen, wie aus rechtlichen Gründen ableiten, und erscheinen diese hierdurch, wie schon durch ihre Rechtsgemeinschaft rücksichtlich des Streitgegenstandes, als Litisconsorten; so ist dieß endlich auch nicht minder der Fall, wenn man den nächsten Zweck, den sie vor Gericht zu verfolgen haben, in's Auge faßt. Denn welch anderen Zweck könnte wohl irgend Einer von ihnen im vorliegenden Falle haben, als entweder jure cessionis oder emtionis das volle id quod interest für das zu fordern, was Jeder von Rechts wegen bereits erwor-

ben, aber, weil es den gelieferten Aktien, die den Erwerb beurkunden sollten, an jeder wesentlichen Eigenschaft der versprochenen, also an aller Wahrheit der Forderung selbst fehlte, durch die Schuld des Beklagten faktisch verloren hat.

Aus diesen Gründen erscheint es demnach, wenn wir das Ganze schließlich noch einmal überblicken, als unzweifelhaft,

1) daß jeder Aktieninhaber, ohne Unterschied zwischen Primitiverwerbern und deren Nachmännern, schon durch den Besitz seiner Aktien vollkommen gegen Beklagten zur Sache legitimirt ist, ohne etwa von seinem Vormanne eine Klage sich erst cediren lassen zu müssen. Denn mit der Cession oder dem Kaufe eines obligatorischen Rechts ist die daraus entspringende und auf Erfüllung der Obligation, als deren Zweck, gerichtete Klage schon eo ipso cedirt. Alle Aktieninhaber können aber auch den vollen Nominalwerth ihrer Aktien, bis wohin die Cession sich erstreckte und der Erwerb der Forderung bereits rechtlich vollendet war, fordern. Denn der Beklagte haftet ihnen für die veritas nominis und das id quod interest des bereits rechtlich Erworbenen; wenn gleich andererseits, in soweit es nur um die bonitas nominis und den hierdurch bedingten, aber noch von den Zufälligkeiten des Courses abhängigen Gewinn sich handelt, Jeder den Verlust dieses Gewinnes für sich selbst zu tragen hat: ausgenommen insofern der Verlust eines bestimmten Gewinnes, als Folge des dolus und hauptsächlich der falschen Angaben über den Kredit der Lucca-Pistojaschen Aktiengesellschaft, sowie über die Garantie der Toscanischen Regierung, erweislich seyn sollte;

2) daß alle Aktionärs sowohl durch Klagabtretung an Einen unter sich, als durch subjektive Klagenhäufung, sowie insbesondere als Litisconsorten zu gemeinschaftlicher Verfolgung ihrer Rechte befugt sind.

III.

Das eheliche Güterrecht im Kanton Wallis nach den alten Rechtsquellen.

Eine germanistische Studie

von

Eduard Hensler, J. U. D. in Basel.

Inhalt.

Einleitung.

Zweierlei veranlaßte zu dieser Untersuchung. — Einmal der Umstand, daß bisher dem wallisischen Rechte, abgesehen von den Kantonsangehörigen, — spärliche Aufmerksamkeit geschenkt worden. Sodann war der Mühe werth, gerade in einem Theile des bürgerlichen Rechtes, das tief in den Eigenthümlichkeiten des Volkes wurzelt, zu untersuchen, ob die Annahme Grund habe, welche dem römischen Rechte in diesem Landestheile einen überwiegenden Einfluß zugesteht. Die Arbeit ist nach beiden Seiten hin nicht unbelohnt geblieben; denn nicht nur hat das wallisische ehliche Güter-

recht eine durchaus eigenthümliche Gestalt; sondern es zeigt sich auch hier, daß das deutsche Recht im Grunde entschieden sich behauptet hat, wenn oft auch mißverstanden und irregeleitet durch eine sogenannte gemeinrechtliche Theorie. Ja wenn ich in Kurzem das ehliche Recht des Wallis bezeichnen wollte, ich könnte es kaum passender thun als mit den Worten des Sachsenspiegels, Landrecht [1]) I, 31. §. 1: „man unde wif ne hebbet nein getveiet gut to irme live. Stirft aber dat vif bi des mannes live, se ne erft nene varende have wenne rade, und egen, of se dat hevet, in den nesten. — Wif ne mach ok ires gudes nicht vergeven ane ires mannes willen, dat he't dur recht dulden durve. — §. 2: Svenne en man wif nimt, so nimt he in sine gewere al ir gut to rechter vormuntscap."

Anfangs lag wohl im Plan, daneben noch einzelne Theile des Erbrechts in die Darstellung aufzunehmen. Jedoch später drängte sich mir die Ueberzeugung auf, daß es passender und lohnender zugleich sei, diesen Theil des Walliser Rechts einer besonderen Untersuchung zu überlassen. Ein Grundzug, der durch dieses Erbsystem geht, ist der Anheimfall der väterlichen Güter an die Vaterseite, der mütterlichen an die Mutterseite in Uebereinstimmung mit anderen Rechten der Westschweiz.

Unter den benutzten Quellen sind vor Allem zu erwähnen die lateinisch abgefaßten Landesstatuten: „Statuta Vallesiae cum duabus revisionibus." Der mir vorliegende Druck ist aus dem Jahre 1843. Die Landesstatuten wurden von rechtskundigen Abgesandten der sieben Oberwalliser Zehnen in 172 Kapitel gefaßt und den 23. Mai 1571 publicirt. Schon 1597 erfolgte die erste, ebenfalls lateinisch gehaltene, Revision in 72 Artikeln; die zweite erst 1780 in 57 Artikeln. Die Abfassung war deutsch; mir aber hat eine französische Uebersetzung zu Gebote gestanden. Als aufklärend für einzelne Punkte sind auch die beiden gedruckten Civilprozeßordnungen, die eine deutsch von 1825 (citirt: C.-Pr.-O.), die andere französich von 1845 (cit.: code de proc. civ.), benutzt worden.

Daneben waren eine reichhaltige Quelle die einzelnen Unterwalliser Freiheiten, sämmtlich lateinisch abgefaßt, mit Ausnahme der französischen von Nenda: nämlich die „libertates Contegii" (Contbey) von 1577, die „libertates Castellaniae Martigniaci" (Martigny) von

1) Nach der Homeyer'schen Ausgabe.

1580, die „libertates Banneriae Intermontium“ (des unterhalb Conthey bis an die Rhone gelegenen Landes) von 1575 mit einer Revision von 1583, die „Sancti Mauritii Agaunensis capitula“ (S. Maurice) von 1575, die „liberta communitatum Riddae et Saxonis“ (Riddes und Saxon) von 1577, (der „aetus libertatis et franchesiae Vollegii“ (Vollege) von 1572), die „libertès et franchises de la louable communauté de Nenda“ ohne Angabe des Jahres, die „libertates Aceris“ (Trêsables) von 1624, die „privilegia castellaniae Montheoli“ (Monthex) von 1506 und 1570, [die „recognitiones Domini Vice-Domini Sedunensis“ (Sitten)]. Vermuthlich liegen die Originalien in den betreffenden Gemeinden. Ich konnte durch Gefälligkeit des Herrn Präs. Schnell eine von Prof. Cropt in Sitten besorgte Abschrift benutzen, die jedoch nicht überall zuverläßig scheint.

Sehr geringe Ausbeute haben dagegen die Oberwalliser Freiheiten gewährt. Sie sind, den einheimischen Rechtsgelehrten unbekannt, durch Herrn Prof. Schnell wieder aufgefunden worden in einer Abschrift der Berner Stadtbibliothek („collectio diplomatica“ Band 43). Sie enthalten [2]) meist Civilprozeß und Polizeimaßregeln. Wohl möchte die Vermuthung gerechtfertigt scheinen, daß die statuta Vallesiae in erster Linie nur für die Oberwalliser Zehnen gegolten haben, daß dagegen das Unterwallis sein Familien- und Erbrecht in besonderen Freiheiten gewahrt und erst secundär sich auf das allgemeine Landesrecht bezogen hat. Daher sind auch die Oberwalliser Statuten mit ihrem prozessualischen und polizeilichen Inhalte selbst den einheimischen Rechtsgelehrten unbekannt geworden.

Nicht unwichtig für das Studium wallisischen Rechtes, namentlich des Gewohnheitsrechtes, ist der „Commentarius in statuta Vallesiae“ von D. Adr. de Torrente. Die benutzte, nicht fehlerfreie, Abschrift des Commentars ist aus dem Prof. Cropt eigenthümlichen Originale gezogen. Die Interpretation geht bis Kapitel 112 der Statuten und folgt deren Gange. Ein Adrian de Torrente war 1776—78 Großkaplan oder Zehnenrichter in Sitten [3]). Vielfach

2) Es sind die „privilegia libertatis Sedunensis“; die Statuten von Leuk, Visp, Raron, Brieg, Naters und Glys.

3) Furrer, „Geschichte, Statistik und Urkunden-Sammlung über Wallis“, Band II. S. 243.

auf Torrente fußen die „Elementa juris romano-vallesii", 1841 in Sitten gedruckt, von Prof. Cropt. Es ist das ein systematisches Lehrbuch in der Art des Heineccius. Beide, Torrente wie Cropt, kennen das deutsche Recht außerhalb des Landes kaum; und auch die Pandekten, Commentare und Handbücher sind ihnen nur insofern bekannt, als sie lateinisch abgefaßt worden. Daher bei Cropt wohl noch etwa Mühlenbruchs „doctrina pandectarum", nirgends aber Savigny oder Puchta erwähnt werden. Dieser Mangel germanistischen Studiums hat dahin geführt, daß das sog. recipirte Recht in Bausch und Bogen Aufnahme fand, die Eigenthümlichkeiten des Walliser Rechts aber als Singularitäten daneben angeführt oder auch, wenn gar zu unbequem für Cropts System, einfach weggelassen wurden. Cropt schreibt eher elegant, Torrente ist wohl der gründlichere.

Es darf zum Schlusse nicht unerwähnt bleiben, daß im Jahre 1853 ein neues Gesetzbuch für den Kanton Wallis von Prof. Cropt ausgearbeitet wurde [4]), auf welches das französische Recht bedeutend eingewirkt haben soll. Die Statuten für die einzelnen Zehnen und Gemeinden des Landes sind schon durch ausdrückliches Gesetz gegen Ende des Jahres 1804 [5]) außer Kraft gesetzt worden. Eine Vergleichung des alten Rechts mit dem in der Codifikation enthaltenen, so viel Anziehendes sie haben möchte, wurde von uns unterlassen; sie würde doch wohl der einheitlichen Zusammenfassung des erstern geschadet haben.

Erstes Kapitel. Stellung des Mannes und des Weibes ohne die Ehe.

§. 1.

a) Des Mannes.

Der Walliser Bürger steht bis Ende des vierzehnten Jahres unter der tutela, bis Ende des fünfundzwanzigsten unter der cura [6]). Der Tutor nimmt auch des persönlichen, der Curator mehr nur des

---

4) Die Zeitschrift für schweizerisches Recht wird im IV. Bande darüber Bericht erstatten.

5) Cropt elementa §. 8.

6) Statuta Vallesiae cap. 56.

vermögensrechtlichen Interesses seines Mündels wahr [7]). Ueberhaupt gelten hinsichtlich der Handlungsfähigkeit die römischen Grundsätze über den impubes und den minor [8]). Des letzteren Unterschiedes gedenken die Freiheiten von Raron in bezeichnender Art [9]). Letztwillig aber kann nur der verfügen, welcher das fünfzehnte Altersjahr überschritten hat [10]). Schenkungen unter Lebenden dagegen, sowie sonstige Veräußerungen sind ohne Mitwirkung des Vormunds kraftlos, wenn nicht augenscheinliche Noth sie rechtfertigt („pro eorum evidente necessitate") [11]). Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe hebt mit vierzehn Jahren an, wenn Eltern, Vormund, Verwandte, überhaupt die, deren treuer Leitung der Mündel unterworfen ist, in die Verlobung willigen [12]). Sind aber die Nächsten um den Schutzbefohlenen der Heirath entgegen, so muß er das achtzehnte Jahr abwarten, damit er eine giltige Ehe schließen kann. Doch hat sich aus dem kanonischen Recht der Begriff einer Vollziehung der Ehe durch den Beischlaf eingeschlichen [13]), indem von der Mündigkeit an jene Zustimmung nicht als absolutes Ehehinderniß betrachtet wird. Die Mehrjährigkeit selbst aber erhält der Sohn schon vor dem fünfundzwanzigsten Jahre durch die Gründung eigenen Haushaltes [14]).

Ein notariatlich gefertigter Vogtbrief führt den Tutor oder

---

7) Cap. cit.: »loco tutelae datur curator sive gubernator eorum bonis usque ad aetatem viginti quinque annorum."

8) Cropt zu §. 130 und folg.

9) Statut und Freyheit von Rahren. 61. Von Vogtyen: „Darnach so einer Vogt wirt geben einer Person alters vor fünfzähen Jaren uff.... das niemants mit dem vogtkhind solle zur märckten han für fünf Schilling uff ohne Erlaubnus des vogts."

10) cap. 101.

11) cap. cit.

12) Rev. I. Art. 71. Libertates Centegii (de aetate legitima ad contrahendum matrimonium). Liber Banneriae Intermontium. Sancti Mauritii capitula. Libertés et franchises de la louable communauté de Nenda.

13) loc. citatis z. B. von Nenda: „qu'ils eussent charnellement consumé le mariage."

14) cap. 109: „postquam extra domum et curam parentum se recepisset", und Cropt §. 129 „quibus modis patria potestas solvitur".

Curator in sein Amt ein [15]). Bevor er aber seine Stellung versehen kann, hat er einen Eid zu leisten, daß er des Mündels Vortheil wahren, den Schaden abwenden und über Liegenschaften und Fahrniß ein Inventarium errichten wolle, und zwar je nach der Dringlichkeit, dem Umfang der Güter, drohendem Abgang und anderen Rücksichten [16]). Indeß bewegt sich der Vormund in freierem Kreise, als ihn das römische Recht beschreibt: zwar soll er nicht leichtsinniger Weise Veräußerungen vornehmen, und mehr nur getrieben durch die Nothwendigkeit; aber es genügt auch blos der größere Vortheil ohne Erlaubniß der Obervormundschaft, statt deren vielmehr zwei Berathene („reconsiliarii") aus den Blutsfreunden sollen zugezogen werden [17]).

Wird durch den letzten Willen die Vormundschaft angetragen, so braucht, wer nicht Blutsfreund oder verschwägert ist, nur in deren Ermanglung das Amt anzunehmen und nur gegen Entschädigung von zehn Pfund [18]). Doch entschuldigt gemeinsame Erbtheilung oder ein unentschiedener Prozeß die Verwandten [19]). Bestimmt das Testament nichts Näheres, so wird aus den Blutsfreunden durch den Familienrath [20]) der Tutor ernannt. Diesen Familienrath beruft der Richter [21]) entweder aus eigenem Antrieb [22]) oder auf das Drängen hin der Blutsfreunde und der Verschwägerten und sonst Betheiligter, oder endlich auf die Bitte des Mündels selbst [23]). Unter den Verwandten werden die von der Vater-

---

15) cap. 62.

16) cap. 56 und Torrente's Commentar dazu.

17) cap. 56 in fine. Freyheit von Rahren: „Von Vogtyen."

18) cap. 67 in fine.

19) cap. 62.

20) Eigenthümlich erwähnt desselben die C.-Pr.-O. Art. 410—414 bei Anlaß der Güterabtretung. Bevor nämlich der Richter zur Fallimentserklärung schreitet, soll er die Verwandten, Blutsfreunde und Verschwägerten, wenigstens sechs Glieder stark, zusammenrufen, der zu ergreifenden Maßregeln wegen. Bleiben sie aus, so trifft sie eine Geldstrafe (etwa 4 Fr.), und an ihre Stelle treten die Gemeindegenossen.

21) I. Rev. Art. 33.

22) cap. 55 und 57.

23) cap. 62.

seite vorgezogen, die affines aber keineswegs ausgeschlossen [24]). Selbst der Verzicht auf die künftige Erbschaft befreit nicht von der Uebernahme [25]). Als letzte Auskunft wird der Vormund bestimmt durch die Wahl des Richters. Und hier nun ist eine allgemeine Bürgerpflicht, sobald nur der Mangel an Verwandten oder deren Untüchtigkeit durch einen Eid des Mündels nachgewiesen und gehörige Sicherheit über Erstattung der Kosten dem Vormund gegenüber gegeben worden [26]). — Nicht nur aber kann durch die Familie der Vormund erwählt werden, ihm stehen auch während der ganzen Zeit seines Amtes zwei Rathgeber als kontrolirende Behörde zur Seite: ohne diese kann nichts Wichtiges unternommen werden [27]); sie sollen zugegen seyn bei Errichtung des Inventars und den jährlichen Rechnungsablesungen [28]); ja ohne ihre Zustimmung kann nicht einmal der Richter Ermächtigung geben zu einem verpflichtenden Vertrage [29]). Auffallender Weise verbieten die Raroner Statuten, abgesehen von dringenden und unvorhergesehenen Fällen, mehr als zwei Rathgeber zu erwählen [30]); vielleicht damit nicht bei Vertheilung der Berathungspflicht auf Allzuviele das Vogtkind unberathen bleibe. — Endlich erhalten nach Walliser Recht die Minderjährigen selbst wider ihren Willen einen curator [31]).

---

24) cap. 61. „Et ex eisdem amicis prudentiores et legaliores, etiamsi remotiores in gradu forent, cogantur onus tutelae subire, primitus vero assumantur ex linea paterna."

25) cap. 61.

26) cap. 62. Sehr naiv bemerkt Cropt dazu im §. 134: „quae tamen in praxi non frequentatur, cum tutor ipse suis rationibus satis abundeque providere possit, nec facile de suo impendet pro pupillo, nisi videat, ex facultatibus ejus se omnino recepturum quod impenderit."

27) cap. 56, 67 und 74. Freyheit von Rahren: „Von Vogtyen. Zum letzsten hat khein Vogt seinen Vogtkhindern khein gwalt Iro guett zue verkouffen noch zu verendern ohn wissen und willen seiner rathgäbern oder Pflägern."

28) I. Rev. Art. 33.

29) II. Rev. Art. 11. lemma 2 wird das von den Frauen bezeugt, die in dieser Beziehung den Minderjährigen gleichstehen.

30) Freyheit von Rahren: „Von der Vögten rathsgäbern".

31) cap. 56.

Wir können aber unseren Abschnitt nicht schließen, bevor wir noch zweier Eigenthümlichkeiten im wallisischen Rechtsleben Erwähnung gethan haben. Testamentarisch hebt, wie oben erwähnt, die Dispositionsfähigkeit des Wallisers nach vollendetem fünfzehntem Jahre an. Ueber einen Drittheil der Erbgüter, über alle Fahrniß darf verfügt werden [32]). Fehlt es an ererbtem Gut, aber errungene Liegenschaft ist vorhanden, so nimmt diese die Eigenschaft von Erbgut an; zuletzt, wenn nur Fahrhabe vorhanden ist, darf nur über deren Drittheil verfügt werden. Und sollte Jemand die väterlichen Güter verkauft oder verschwendet, nachher aber andere errungen haben, dann muß doch immer so viel Erbgut, als ursprünglich war, den Erben hinterlassen werden [33]). Nun werden bei Lebzeiten der Frau geschenkte Güter den errungenen zugezählt [34]). Wenn aber die Schenkung von denen ausging, die unsere präsumtiven Erblasser sind, so wollten die Einen die Errungenschaft vergrößert wissen, die Anderen das Erbgut [35]). Es ist aber wohl richtiger, der vermittelnden Meinung Torrente's beizupflichten, daß immer auf den Sinn des Gebers solle gesehen werden [36]). Wenn aber der Ursprung der Güter zweifelhaft ist? Auch hierüber liegen wallisische Praxis und Theorie im Streite: denn während Torrente [37]) Errungenschaft annimmt, weil sie weniger den freien Willen des Disponirenden beschränke, meint Cropt [38]) mit richtigerem Blicke in das einheimische Recht: nach dem Sinn der Statuten werden mehr die Erben als der Erblasser begünstigt, also liege der Beweis dem Verfügenden und

32) cap. 101: „quilibet patriota utriusque sexus tam legitimus quam illegitimus, qui fuerit rationis compos et ultra quindecim annos natus, potest nomine testamenti de bonis suis immobilibus hereditariis donare et legare, videlicet tertiam partem omnium et singulorum bonorum haereditariorum omnia acquisita cum honore et onere, et ulterius bona sua mobilia sine dependentia alicuius oneris."

33) hoc cap.

34) cap. 91. lemma 2.

35) Cropt §. 284.

36) Torrente zu cap. 101.

37) loc. cit.

38) §. 285.

den von ihm Bedachten ob. Ueberschreitung des Maaßes, das dem Erblasser freisteht, hat entsprechende Reduktion zur Folge, aber keine Nichtigkeit des Testamentes [39]). Nur der unehlich Geborene, der keine ehlichen Kinder hat, welchen er seine väterliche Neigung zuwenden kann, soll nicht mehr als über den Drittheil seines Vermögens überhaupt mit Ehr' und Beschwer („cum honore et onere") [40]) verfügen können [41]), wohl damit nicht außer der Familie das väterliche Gut gelange. Dieser Pflichttheil der zwei Drittheile des Erbguts kommt Allen, die ab intestato erben, gleichmäßig zu [42]); ab intestato erben die Seitenverwandten bis und mit dem vierten Grade nach kanonischer Zählung [43]). — Noch unbeschränkter einerseits, dagegen schwieriger andererseits wird die Schenkung unter Lebenden. Es darf nämlich jeder Walliser, seiner vollen Lebenskraft inne, wie verkaufen und sonst mit Gegenleistung veräußern, so auch ganz oder theilweise nach Belieben seine Güter verschenken, wenn er sich derselben nur völlig und ohne Vortheil entäußern will [44]). Daß die Schenkung in voller Kraft erfolgen soll, ist ein Zug altdeutschen Lebens; und ebenso das Recht, Alles wegzugeben. Worauf aber beruht das „devestire", d. h. Besitz- und Eigenthums-Uebertragung [45]) an den Beschenkten? Torrente [46]) vermuthet, damit sollte jedem erheuchelten Akte vorgebeugt werden, auf daß nicht unter dem Schein der Schenkung die Erben ihres Pflichttheils beraubt

---

39) Art. 22. §. 1. I. Rev.: „mais si dans un testament l'on aurait donné au delà de ce que la loi permet, le seul excès doit être corrigé et reduit à teneur des statuts."

40) Nach wallisischem Erbrecht nämlich trägt der Legatar die Schulden pro rata, in ähnlicher Stellung wie der römische legatarius partitiarius. cap. 101: „debita vero testatoris per donatarium pro rata donationis supportari debent."

41) hoc cap. lemma 4 in fine.

42) Cropt §. 281.

43) cap. 91. Vgl. auch Cropt §. 403.

44) cap. 105: „dummodo de bonis donatis se pure et effectualiter devestiat, de illisque recedat et nullam perinde a donatione habeat emolumenti speciem, nec huiusmodi donationem ex aliqua cautela faciat, sed sola favore donatorii."

45) Torrente zu cap. 105.

46) loc. cit.

werden. Die Verhütung jeder Simulation ist jedes Falls in „cautela“, „emolumenti nullam speciem“, „solo favore donatorii“, deutlich genug enthalten. Und auch darin hat der Commentator Recht, daß er als intentio des Gesetzes ansieht, der Schenker dürfe nicht blos zum Nachtheil seiner Erben freigebig seyn. Daneben aber dürfte noch ein anderer Grund wirksam gewesen seyn; daß sich nämlich der Schenker doppelt besinnt, wenn ihm durch das körperliche Hingeben die Verringerung seines Vermögens sogleich sinnlich zur Erscheinung kommt; und insofern enthält die römische Rechtsgeschichte eine interessante Parallele [47].

§. 2.

b) Des Weibes.

Während nach vollendetem fünfundzwanzigsten Jahre oder durch Gründung eines eigenen Haushaltes der Mann der vollendeten Handlungsfähigkeit theilhaftig wird, bleibt das Weib zeitlebens unter Vormundschaft als das schwächere und unvermögende Geschlecht [48]. Aber mit Erlaubniß ihrer Nächsten kann es nach dem zwölften Jahre in die Ehe treten, fehlt deren Zustimmung, erst nach dem sechzehnten Jahre; abgesehen von der oben erwähnten Fiktion aus dem kanonischen Rechte [49]. Selbst die Einwilligung des Bischofs wird, wenn er in Lehensoberherrlichkeit steht, nach den Statuten der civitas Sedunensis nicht erfordert [50]. Aber geschieht es

47) Vgl. Savigny über die lex Cincia, Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft IV, 1.; System IV. §. 165. — Die libert. Intermont. („de donationibus tam testamentaliter quam aliter factis“) stehen damit und mit sich selbst im Widerspruch, indem nach ihnen zwar „devestitura“ und „investitura“ stattfinden soll, der Schenker aber die Sache bis zum Tode behalten, die Ernte des Gutes an sich nehmen oder sich doch wenigstens Nahrung aus demselben verschaffen kann. Daß dem Schenker jegliche Revokation untersagt ist, bleibt einzig von der „devestitura“.

48) cap. 57 „viduas, mulieres, etiam maritatas, infirmas vel alias impotentes aut inhabiles personas“. cap. 121 „mulieres semper, in quacunque aetate constitutae quantumque discretae fuerint, sub tutela et regiminis cura censentur“.

49) Vgl. die Citate unter Note 12, §. 1.

50) „Qualiter quaelibet mulier potest legitime contrahere sine auctoritate superiorum.“

vor dem zwanzigsten Jahre gegen den Willen der Eltern, so dürfen sie enterben [51]); das Recht ist in dieser Beziehung um fünf Jahre herabgegangen [52]). — Hier auch mag der Hindernisse gedacht werden, die der Verheirathung von Jungfrauen und Wittwen in die Fremde entgegenstehen. — Der Gedanke ist: das Vermögen soll nicht in die Fremde wandern; doch soll den Verbündeten, den schweizerischen Eidgenossen, Gegenrecht gehalten werden (gegenüber dem „Italo, Augustano, Sabaudo"). Die Heirathende verliert, wenn sie gegen den Willen der Ihrigen handelt, ihr Vermögen an die nächsten Blutsverwandten, in deren Ermanglung an den ersten besten Walliser [53]). Und sind entferntere Verwandte zuvorgekommen, so mögen sich die näheren des Zugrechts bedienen (tenta) [54]). Ausdrücklich wird dabei der Schande wallisischer Geschlechter bei unehrenhafter Verbindung gedacht [55]). Die Wegeilende verliert das Bürgerrecht, ja alle Gesetzesgemeinschaft („communelegium") [56]) und alle Communitätsrechte [57]); deßhalb, wenn sie nachher noch Güter ankaufen will, unterliegen diese dem retractus gentilicius [58]). Doch ist das spätere Recht milder geworden [59]): heirathet sie ohne Erlaubniß, so wird ihr sogleich ein Drittheil des Vermögens entzogen. Verheirathet sie sich in ein Land, wo die Töchter ausgestattet werden (d. h. wohl hier: eine Leibzucht empfangen), so kann sie nur einen Zehntheil des erhaltenen und noch ausstehenden Erbes mitnehmen, ja nur den dreißigsten Theil, wenn die Ihrigen dawider sind.

Schenkungen unter Lebenden sind den Weibern gestattet mit Zuziehung des geschworenen Vormundes und zweier Berathenen, wenn nur nicht solch eine Schenkung, weder mittelbar noch unmittelbar, dem Nutzen der Zugezogenen und der Ihrigen dient [60]). Letzt-

---

51) Art. 60. I. Rev.
52) Art. 108, lemma 10.
53) I. Rev. Art. 42.
54) Art. cit.
55) Art. 72. I. Rev.
56) Art. 42. I. Rev.
57) Lib. Aceris „de privatione communiarii".
58) II. Rev. Art. 8. §. 7.
59) II. Rev. Art. 14.
60) cap. 105.

willig dagegen kann die Frau nach dem sechzehnten Jahre ohne fremde Mitwirkung innerhalb des festgesetzten Maaßes verfügen [61]). Ja die libertates Banneriae Intermontium, die capitula Sancti Mauritii und die libertés de Nenda [62]) lassen verheirathete kinderlose Weiber beliebig testiren, also über das gesammte Erbgut. Aus ihrer Familie ist, das möchte der Gedanke seyn, die Ehefrau ausgetreten, aber eine neue hat sie nicht begründen helfen.

Zweites Kapitel. Das Güterrecht in der Ehe.

a) Charakter des wallisischen Güterrechts.

§. 3.

α) Im Allgemeinen.

Das wallisische eheliche Güterrecht ist durchaus deutscher Natur, und zwar hat sich das ältere Recht ziemlich unverändert erhalten. Wir treffen hier das System der sog. formellen Güterverbindung in möglichst reiner und ursprünglicher Gestalt. Nur wenige Spuren ließen sich im Sinne materieller Gütervereinigung deuten, worauf wir unten zurückkommen werden. Der Grundcharakter ist ein durch die Herrschaft und Vormundschaft des Mannes zusammengehaltenes, nirgends aber vermischtes eheliches Vermögen.

Demgemäß soll das Weibergut nicht wachsen, noch schwinden [63]), sondern in seiner ursprünglichen Größe und Ausdehnung erhalten bleiben. Und wohl selten hat ein Recht so viele Vorsichtsmaßregeln getroffen, um die nur durch den überwiegenden Einfluß des Mannes äußerlich und zum Zwecke der Ehe zusammengehaltenen beiden Vermögensmassen bei Auflösung der Ehe wieder in gleichem Verhältniß auseinander gehen zu lassen. Da soll das Weib mit Willen des Mannes veräußern können, nur nicht zu dessen Gunsten, und jedes unehrliche Handeln des Mannes hat Nichtigkeit des betreffenden Aktes zur Folge, damit ja nicht Drohungen oder Schmeichelworte

61) cap. cit.

62) „De successione materna et testandi matrum facultate. Du pouvoir que les mères ont de tester."

63) cap. 88. in fine: „bona enim mulierum privilegiata sunt, quae cum crescere non possunt, si nec decrescere debent."

den ursprünglichen Erben Schaden bringen [64]). Da sollen dem Manne die Schulden, die nur das Weib berühren, sei es, weil sie aus der Zeit vor der Ehe stammen, sei es, weil sie unberechtigt, also nicht in ihrer Stellung als Hausfrau gemacht wurden, zurückerstattet werden [65]); und noch weniger haften die Güter des einen Gatten für die Verbrechen des anderen [66]). Wurde aber bei Eingehung der Ehe ein Inventarium versäumt oder im Laufe derselben nicht weiter Sorge getragen für Unterscheidung beider Massen, so eilt das Gesetz mit mannigfachen Verfügungen zu Hilfe. Darum auch hält es ausdrücklich auf die Unterscheidung des Erbgutes dem erworbenen und der Fahrniß gegenüber, da dieses von Wichtigkeit ist wegen der freien Verfügbarkeit des Gatten in der Ehe; wenn der Vater die Tochter aussteuert und das Heirathsgut theilweise in Geld, theilweise in Liegenschaften besteht, dann nimmt die Aussteuer, je nachdem Geld oder Gut überwiegt, den Charakter der „dos“ oder des Erbgutes an [67]). Noch in entschiedenerer Ergänzung tritt das Gesetz ein bei zweifelhaftem Ursprung der Güter: bei Liegenschaften setzt es die Erben von der Vaterseite her in Besitz, bis die mütterlichen Verwandten ihr Recht bewiesen haben [68]); bei Fahrniß aber ordnet es gleiche Theilung an, die Hälfte gebend nach jeder Seite hin [69]). So hilft das Gesetz endlich noch weiterhin durch

64) cap. 105 „huc pertinet quod marito non conveniat nec licitum est quod ejus uxorem blandis verbis aut minis adducat, ut alicui donationi vel venditioni bonorum suorum cedendi in praejudicium suorum haeredum assensum et voluntatem praebeat sub poena nullitatis donationis vel contractus.“

65) cap. 119. „Si maritus aliqua debita suae uxoris persolvat, illa erunt sibi marito defalcanda aut restituenda.“

66) cap. 120.

67) cap. 104. „Erit sciendum, quod si pecunia excederet valorem bonorum immobilium in solutum traditorum, tunc tota constitutio vocatur dos et sequitur naturam dotis; si vero bona in majori pretio essent quam pecunia, tunc tam pecunia quam bona sub natura bonorum haereditariorum haberi debent.“

68) C.Pr.O. Art. 380. II. Rev. Art. 31.

69) Rev. II. Art. 31. i. f.: „Quant aux meubles, si chaque partie ignore d'où ils proviennent, ils doivent être partagés par moitié.“ Und so auch muß ich verstehen I. Rev. Art. 46, dessen etwas ver-

die Präsumtion, daß der Gatte, welcher das Haus des Anderen bewohne, die Vermuthung an der eingebrachten Fahrniß gegen sich habe; er möge deßhalb seinem Interesse gemäß ein Verzeichniß anlegen über alle von ihm eingebrachten Sachen [70]. — Nicht minder als diese durchschneidenden Verordnungen des Gesetzes weisen auf das System »der ungezweiten Güter zu ihrem Leibe« die Sicherungen und Privilegien des Weibes, wovon wir unten reden werden. Es weist darauf hin der Satz, daß das Eherecht kein Erbrecht ist und also auch keine Rede seyn kann von portio statutaria und materieller Gütergemeinschaft [71]), wie ja auch der überlebende Gatte in der

---

worrene Fassung lautet: „prospectum fuit circa bona donata, ubi eorum transmutatio nonnumquam dignoscitur, quod ad latus maternum deveniant, quae tamen optaret latus paternum (eo quia sunt acquisita) sibi trahere, et ideo dominorum edicto ab hinc dividi debeant et cuilibet lateri medietas cedat.“ Wir haben Sorge getroffen für den Fall („nonnumquam“), es dürfte in Bezug auf (angeblich) geschenkte Fahrniß solch eine Irrung vorliegen, daß sie (eben dieser Verwechslung wegen) an die Mutterseite gelangen möchte, und doch wünschten auch die väterlichen Verwandten diese Fahrniß an sich zu ziehen auf den Titel der Errungenschaft hin: dann soll Theilung in gleiche Hälften erfolgen. Nicht die Frage wird erörtert, ob geschenkte Fahrniß zur Errungenschaft gehöre und also dem Manne zufalle; sondern was dann zu thun sei, wenn die Schenkung im Zweifel steht und von der Mutterseite z. B. Anfall von Todes wegen oder Einbringung geltend gemacht wird. Der Artikel entscheidet demnach nur mehr beispielsweise gerade so, wie deutlicher und allgemeiner Art. 31. II. Rev.: die Fahrniß, deren Ursprung und Erwerbungsart dunkel ist, solle halbirt werden. — Ganz befriedigend ist diese Auslegung freilich nicht; ich ziehe sie aber den Erklärungen Torrente's und Cropt's vor. Jener meint, cap. 91 sei geändert worden und damit die Bestimmung, daß das Geschenkte in die Errungenschaft falle. Dagegen sagt aber unser Text: die Vaterseite verlange das Erworbene (weil es geschenkt wurde). Daß keine Derogation stattgefunden, erkennt Cropt an; sucht aber in §. 406 den Ausweg: das von der Vaterseite Geschenkte falle dem Manne zu, das von der Mutterseite aber werde gleichmäßig getheilt — eine prinziplose Halbheit. Uebrigens ist Art. 31. aus späterer Zeit.

70) cap. 116.

71) arg. a contrario cap. 102. de eodem.

Regel nur den Nießbrauch ganz oder theilweise erhält, eine Succession in die gesammte Fahrniß hinwiederum nicht Folge eines Erbrechtes ist, sondern sich aus dem alten System erklärt, daß der Ehemann, von der Gerade abgesehen, die Fahrniß zurückbehalten durfte und die Blutsfreunde nur in das Erbgut erbten [72]). Ebensowenig folgt für ein Erbrecht, wenn die Statuten aussagen, es werde in den Eheverträgen meist ein Drittheil oder sonst eine Quote der Errungenschaft für die Frau ausbedungen [73]): denn damit ist allerdings zugestanden, daß dem Weibe auch ein Theil gebühre für seine Thätigkeit in der ehelichen Wirthschaft. Aber während des Zusammenlebens beider Ehegatten tritt noch keine Rücksicht auf diese Quotenstellung ein; und was vor Allem in's Auge zu fassen ist, die Quotentheilung nach dem Tode selbst, dieser Anklang an ein Erbrecht, wird durch Vertrag geschaffen.

Gegenüber diesen entschiedenen Zeugnissen darf uns eine vereinzelte Stelle, die auch anderer Auslegung fähig ist, nicht irre machen. Es sagen nämlich die libertates Castellaniae Martigniaci: „quod adeo bona mulierum, quae die desponsationis possident, post contractum matrimonii consummatum marito tamquam proprietario et domino esse adducta". Aber der weitere Verlauf der Stelle [74]) zeigt offenbar, daß es sich nur um den Gegensatz der Liegenschaften und des beweglichen Gutes handelt. Und während allerdings über des Weibes Fahrhabe dem Eheherrn eine Verfügungsfreiheit zusteht, wie sie nur das Eigenthumsrecht gewährt: ist er hinsichtlich des liegenden Gutes an die Zustimmung des Weibes gebunden, sobald er veräußern will. Daß aber eine Summe Geldes, zumal wenn sie nicht versichert („posata") ist, Immobilie wird, lehrt

---

72) **Bluntschli, deutsches Privatrecht II. §. 180. Eichhorn, Einleitung §. 297, der sich zweifelhafter ausdrückt. A. M. Torrente zu cap. 112.**

73) cap. 118.

74) „si quidem id ipsum in Castellania Martigniaci huc usque in observantia fuisse comperiatur. Illo scilicet modo et non alias, nisi eadem mulier desponsata, expedita esset dote, et certa pecuniae summa assignata pro sua hereditatis portione. Eo enim casu adveniente ipsa pecuniae summa non assignata vel posata rebus immobilibus naturam sortiatur maritoque tamquam res mobilis minima adscripta sit."

vielfach das deutsche Recht und muß uns in der folgenden Darstellung beschäftigen.

β) Die besonderen Institute.

§. 4.

1) Das Heirathsgut.

Neben dem System nur formeller Güterverbindung finden sich gewöhnlich zahlreiche Institute, welche die Vermögensverhältnisse beider Gatten regeln. Auffallender Weise ist aber das wallisische Recht ziemlich arm an solchen, wohl hauptsächlich in Folge frühzeitigen Einflusses des römischen und canonischen Rechtes, durch das mächtige Organ des Bischofs zu Sitten und seiner geistlichen Gehilfen.

Vor Allem ist wichtig das Institut des Heirathsgutes. Dieses („dos" oder „douaire" nennen es die Statuten, wenn es testamentarisch bestimmt wird, wohl auch legitima; die libertés de Nenda: „institution et légitime") bildet zugleich meistentheils eine Abfindung über den der Tochter gebührenden Erbtheil. Daß der Gedanke hier vorzüglich wirksam ist, es solle den Söhnen als den Fortsetzern des Geschlechts das väterliche Erbgut erhalten bleiben, zeigt nicht nur der Wortlaut der Statuten, in denen übrigens einer zahlreicheren männlichen Nachkommenschaft Erwähnung geschieht („patribus, quam plurimos habentibus legitimos masculos" — „les pères ayant plusieurs enfant males loyaux") [75]), sondern auch die ganze Auffassung des Institutes in's Einzelne hinein. Um so unerwarteter kommt, daß auch von einer „dos" und Abfindung der Söhne, und zwar wiederholt, die Rede ist [76]). Es scheint, als ob

75) Libert. Contegii: „De eadem dotis institutione tam filiis quam filiabus facta." Libert. Intermon. „de instit. liberorum legitimorum." Libertates Sancti Mauritii: „de instit. dotis liber. legit." Libertés de Nenda: „de l'institution du douaire aux mariages des enfants loyaux."

76) Libert. Contegii: „Admittitur praeterea patribus .... liberis masculinis et femellis certam dotem pecunialem seu aliquam partem bonorum nomine dotis et portionis hereditariae instituere." Libert. Intermont.: „liberis masculis quam femellis dotem pecunialem." Ebenso: Libert. Sancti Mauritii. Libertés de Nenda: „enfants tant mâles que filles donnant une somme d'argent ou quelque autre portion de leur bien mariage."

dadurch die Gebundenheit der bäuerlichen Güter gegenüber den romanistischen Lehren hätte sollen erhalten und also erreicht werden, was beim Lehen meist die Primogenitur, bei bäuerlichen Gütern aber das Majorat oder das Minorat bewirken. Und es ist wohl nicht bedeutungslos, daß anderwärts erwähnt wird [77]): in bäuerlichen Lehengütern gelte an manchen wallisischen Orten das Majorat, obschon die allgemeinen und die Zehnen-Statuten nichts Bezügliches davon enthalten. — Die Abfindung durch das Heirathsgut ist aber keineswegs nöthig und selbstverständlich. Vielmehr kann geradezu das Entgegengesetzte ausbedungen werden, und Cropt [78]) bezeugt, daß nach der Praxis ein Vertrag, in welchem die Eltern eine Tochter für lieber als die anderen Kinder erklären, wenigstens zur Folge hat, daß dieses Kind nicht weniger erhalten darf als die übrigen. Ja Torrente [79]) meint, in dem „aequa portione" der Statuten, cap. 95, lemma 1 [80]) liege, daß die Tochter auch mehr als ihr Erbtheil zum Voraus empfangen könne (?). — Es ist aber eine doppelte Thätigkeit erforderlich, damit das Heirathsgut diese Kraft der Abfindung erlange. Einmal müssen die Eltern in den Ehecontracten oder letztwillig ihren Töchtern erklären, die Aussteuer sei gegeben worden an Stelle der väterlichen und der mütterlichen Rechte [81]) Testamentarisch haben die Eltern ihren letzten Willen innerhalb des Pflichttheils auf zwei Drittheile des Erbgutes frei [82]). Bei Verträgen aber gilt, was die gegenseitige Uebereinkunft beschlossen hat. Und hier wird natürlich auch die Thätigkeit der erbverzichtenden Tochter in Anspruch genommen und es wird von ihr wiederholt verlangt, daß sie cedire und quittire („facere cessionem et quittan-

---

77) Torrente zu §. 96.: „in feudis ligiis ignobilibus seu rusticis multis in locis terrae Vallesiae in ordine succedendi attenditur majoratus, adeo ut semper hominii ligii decedenti succedat, filius natu major reliquis exclusis."

78) §. 90. de pactis nuptialibus mit Hinblick auf Torrente ad cap. 101 und 109.

79) zu cap. 96.

80) vergl. unten Note 102.

81) Libert. Cont. („de dot. inst.") Libert. Sancti Mauritii und Libertés de Nenda sub eodem.

82) vergl. Torrente zu cap. 95.

tiam") [83]), d. h. daß sie auf die künftige väterliche Erbschaft verzichte [84]). Und wie der Vater soll auch die Mutter quittiren lassen, fügen einige Statuten [85]) noch ausdrücklich bei. Denn, wie Torrente [86]) bemerkt, bewirkt die Quittung dem Vater gegenüber auch nichts Weiteres als Verzicht auf die väterliche Erbschaft: „man glaube vielmehr, der Vater habe aus dem Seinigen und betreffend das Seinige die Tochter abgefunden." Es ist aber immerhin nur ein Erbverzicht nach wallisischem Rechte wirksam, wenn die Ueberbringung der „dos" wirklich stattgefunden hat [87]). Indessen genügt der Verzicht der in die Ehe tretenden Tochter nicht überall, sondern einige Statuten verlangen überdieß die Einwilligung des Mannes [88]). Uebrigens streiten sich die wallisischen Praktiker darüber, ob Ehe und quittantia zur Ausschließung der Tochter von der Succession müssen erfolgt seyn, was zu bejahen ist gegenüber der grundlosen Behauptung, im Vollzug der Ehe liege eine stillschweigende Acceptation [89]). Die allgemeinen Statuten [90]) sagen nur, daß die Tochter,

83) Libert. Contegii: „qua institutione dotis mediante dictae filiae, earum heredes super bonis eorum parentum cessis quittatis seu alias per easdem testamentaliter dispositis nihil aliud praeter quam dotem ipsam petere et exigere habeant." Libert. Interm. und Sancti Mauritii. Libertés de Nenda.

84) Torrente zu cap. 95.: „quittare autem nihil aliud est, quam renuntiare hereditati paternae mediante dote, et pacto promittere de non plus petendo."

85) Libert. Intermont.: „de succ. materna" („expresse quitasset"). Libert. Santi Mauritii. Libertés de Nenda: „comme on succède à la mère."

86) cit.

87) cap. 105.: „filia una vel plures quae certam bonorum aut pecuniarum quantitatem nomine dotis ad conjugium percepit ac quittavit sub natura et qualitate dotis", und Torrente ad hoc.

88) Libert. Intermont.: „de consensu maritorum suorum quittanciam faciant de omnibus bonis atque juribus eorum paternis et maternis." Libert. Sancti Mauritii. Libertés de Nenda: „moyenant quoi cielles filles du consentement de leurs maris."

89) So auch richtig Torrente loc. cit.

90) cap. 105.: „filia autem una vel plures cui vel quibus parentes constituerunt certum quid pro dote, quae nec nupserit, nec quittantiam fecerit, non tenetur ad dotis deputatae receptionem, sed percipere potest ratam portionis et successionis sibi perventae ex morte parentum."

welche weder quittirt, noch sich verehelicht hat, durch den Erbverzicht nicht gebunden werde. Wenn aber so die Tochter, sei es mit der erforderlichen „auctoritas“ des Mannes, sei es allein und wohlbedacht, auf ihr Erbe verzichtet hat: dann soll sie sich nicht beklagen und keine weiteren Ansprachen erheben dürfen, wie das die Statuten ausführlich und entschieden hinzufügen [91]). Es ist jedoch nicht nöthig die Einwilligung der sonstigen Erben, also der Brüder, und daher Cropts [92]) Behauptung unrichtig, der Erbverzicht sei nur kräftig, wenn er den Erben gegenüber erfolge.

Betreffend die Größe des Heirathsgutes sprechen die Statuten mehr nur allgemein von „einem gewissen Theil der Güter" oder „einer Geldsumme"; an einem Orte werden des Beispiels wegen hundert Pfund angeführt [93]). Indessen verlangen die libertates Intermontium [94]), daß der Tochter jedes Falls im Testamente fünf Solidi als Minimum der väterlichen Erbschaft zugewiesen werden; eine ähnliche Festsetzung sollen nach Torrente [95]) die Freiheiten von Sanct Moritz enthalten. Daß aber diese fünf Solidi nur formelle Bedeutung haben, vergleichbar dem formellen römischen Notherbenrecht, erhellt wiederum aus Torrente [96]).

Meistens wird nun das Heirathsgut nicht in Liegenschaften, oder wenigstens nicht in Erbgütern bestehen, da diese bei den Söhnen als den Fortpflanzern der Familie bleiben sollen [97]). Ueberhaupt

---

91) Libert. Interm. „sciendum, quod illa quittancia locum habeat et inviolabiter observetur, ne quispiam petere nec querelare supra bonis cessis et quittatis.“ Lib. Sancti Mauritii. Libertés de Nenda.

92) §. 412.

93) cap. 104.

94) „De donat. tam testamentaliter quam aliis factis. Licet patri per testamentum suis liberis nuptis et non nuptis, notanter femellis, dotem constituere ad eius liberum arbitrium mediante legitima assueta, scilicet quinque solidarum adminimum.“

95) Commentar zu cap. 95.

96) Zu cap. 102. „additio: quantitas et portio legitimae reducitur ad duo tertia bonorum hereditariorum immobilium, nisi filia dotem a parentibus acceperit, quo casu filiae dotatae a parentibus quinque solidos nomine legitimae in testamento assignari oportet.“

97) Torrente citatus cap. 104. verbis: „si pecunia excederet valorem bonorum immobilium in solutum traditorum.“ cap. 119.

aber tritt uns ein doppeltes Gut innerhalb der „dos“ entgegen: das eigentliche Erb- oder Heirathsgut und die Aussteuer. Diese besteht aus der gesammten Fahrniß, sobald daneben liegendes Gut in die Ehe gegeben wurde. War das aber nicht der Fall, wie fast immer, so nimmt das klingende Silber Immobilienqualität an, und nur die sonstige werthlosere Aussteuer bleibt Fahrhabe. Die Verfügungsfreiheit des Mannes ist dem entsprechend gehemmt, wenigstens wenn von seiner Seite keine hypothekarische Sicherung des Weibsgutes erfolgt ist [98]).

Fragen wir endlich noch, wie weit die Abfindung reiche, so versteht sich von selbst, daß die Tochter, die sich verehelicht und quittirt hat, gegenüber den anderen Kindern von der väterlichen und der mütterlichen Erbschaft ausgeschlossen wird [99]). Demgemäß kann die Tochter nicht conferiren und an der Erbschaft Theil nehmen [100]). Wenn aber alle Söhne bei Lebzeiten oder nach dem Tode des Vaters gestorben sind und es befinden sich neben den ausgestatteten undotirte Töchter: dann können jene ihre „dos“ einwerfen und mit den ledigen Schwestern erben; es müßten denn die Eheverträge dagegen lauten [101]). Immer aber ist die Abfindung nur zu verstehen in Betreff des elterlichen Vermögens: die Seitenverwandten, vorerst die Geschwister,

lemma 1: „licet maritus eandem summam succesive et non simul, sed in diversis terminis recepisset.“

98) Libertates Contegii: „Viri succedunt in bonis mobilibus suarum uxorum non liberos habentium“: „nisi evenerit tales uxores non esse proprietarias, sed earum dotem et hereditatem constare in pecuniis promtis, pro quibus eidem per maritum non fuisset assignatio; seu asseeuratio eo tunc illae summae pecuniales non debent in sortem bonorum mobilium computari, sed retinent naturam immobilium.“ Lib. Castellaniae Martigniaci: vergl. oben §. 3 Note 74. Libert. Sancti Mauritii: „mariti succedunt in mobilibus suarum uxorum.“ Libertés de Nenda; „les hommes sont héritiers des meubles de leurs femmes“: „si non qu'il arriva que les femmes ne fussent pas propriétaires ou neussent pas des biens fonds, mais que le mariage on l'héritage fut en argent, du quel le mari n'aurait point encore fait assurance. En ce cas alors cette somme d'argent ne sera point regardée pour meubles, mais pour biens fonds et non meubles.“

99) Libert. Intermont. de donat. und de dot. instit.

100) Libert. Interm. cit.

101) cap. 95 lemma 3.

werden auch von der dotirten Tochter zu gleichen Theilen beerbt [102]) und selbst in Bezug auf das vom Vater ihnen angefallene Vermögen [103]). Uebrigens ist allerdings in Betreff der Errungenschaft verordnet, daß im Falle, wenn mehrere Geschwister in gemeinsamer Haushaltung leben, andere aber von ihnen getrennt wohnen, die ersteren das Eroberte zum Voraus dürfen in Empfang nehmen [104]). Torrente [105]) selbst erblickt in der Abfindung der Töchter »eine Vorsorge für die Söhne« und »eine Gunst der Familie«, und leitet aus diesem Grundprincipe in dieser Lehre die hier erwähnten Unterscheidungen ab. Doch gehen die dotirten Töchter den Seitenverwandten vor [106]).

Aber auch ohne Abfindung durch das Heirathsgut verändert sich die Stellung männlicher und weiblicher Kinder, welche das Haus verlassen haben. Und wenn die Landesstatuten einerseits verordnen [107]), daß die mit den Eltern zusammenwohnenden Kinder die „bona super-lucrata“ zum Voraus haben sollen, so nehmen andererseits die libertates communitatum Riddae et Saxonis [108]) den Eltern das Erbrecht den Kindern gegenüber, welche „de tempore eorum obitus essent separati, divisi vel emancipati ab eorum parentibus sedium, iisdem domicilium habeant et rem domesticam exerceant.“

102) cap. 95.: „filia una vel plures quae certam bonorum aut pecuniarum quantitatem nomine dotis ad conjungium percepit, acquittarit sub natura acqualitate dotis, admittitur, ut post mortem partem si aliquis fratrum vel sororum ab humanis discesserint sine legitimis ab eorum corporibus procreatis liberis vel etiam aliunde legitimae successiones devolvantur ad eos, cum reliquis superstitibus aequa portione succedat.« Libert. Contagii: »salvis et reservatis legitimis echutis« (von echoir) »tam per mortem parentum quam aliorum consanguineorum abinceps eveniendis.«

103) Torrente zu Kap. 95.

104) II. Rev. Art. 36.

105) Citatus.

106) Libertat. Intermont. u. Sancti Mauritii: »de dotis instit.« Libertés de Nenda: »de l'établissement« u. s. f.: »si non en cas de déchute, la qu'elle n'est point entendue par la mort du pêre et de la mère, excepté dans le cas qu'ils neussent et meurent sans autres enfans loyäux.

107) cap. 109.

108) In medio.

§. 5.

2) Das augmentum dotis.

Viel weniger reichhaltig äußert sich über diesen Gegenstand das wallisische Recht. Die allgemeinen Statuten erwähnen das augmentum dotis nur gelegentlich [109]), indem sie verordnen, daß die überlebende Ehefrau, welche das Nießbrauchsrecht beanspruche, das „augmentum dotis sibi in contractu matrimoniali constitutae“ verliere. Entsage sie aber der Nutznießung, dann dürfe sie das Heirathsgut hinnehmen sammt der Widerlage und allen durch den Ehemann gemachten Schenkungen. Das heißt: alle Bedenkungen, sei es im Testament, sei es im Ehvertrag, sei es unter Lebenden [110]). „Das gegenwärtige Statut aber“, fügt Torrente weiter hinzu, „ist an vielen Orten durch entgegenstehende Gewohnheiten verändert worden. Denn an einigen kann die Wittwe den Nießbrauch, das augmentum dotis und die sonstigen Bedenkungen hinnehmen; an anderen hat die Ueberlebende die Wahl, entweder auf Bedenkungen und Widerlage oder auf die Nutznießung zu verzichten.“ Daher hier die Gewohnheit entscheidet. Torrente machte diese Bemerkung in Bezug auf das Land unterhalb der Raspilia [111]). Trotz dem äußern sich die Unterwalliser Statuten über die Widerlage nicht, mit einziger Ausnahme der „castellania Montheoli“, eines Landestheiles, der schon geographisch zu unterst, dicht an der sardinischen Grenze, liegt, und auch von den Oberwallisern zuletzt, nämlich erst 1536, genommen wurde, während sie das übrige Unterwallis schon

109) cap. 112.

110) Torrente zu §. 112 lemma: »si superstes« u. s. f.

111) Die Raspilia (raspille) fließt zwischen Siders und Sitten: das Gebiet unterhalb derselben ist demnach Unterwallis sammt Sitten, dem Bischofssitze, der aber in der Rechtssprache fast häufiger noch nicht zum unteren Wallis gerechnet wird in der Bezeichnung: »infra Morgiam.« Die Morge fließt nämlich unterhalb Sitten: demnach ist Sitten ein gewissermaßen gefreites Gebiet zwischen den Flüssen Raspilia und Morgia. Von der letzteren berichtet Furrer, Bd. II. S. 129: sie sei seit undenklichen Zeiten die Grenze zwischen dem bischöflichen und dem savoyischen, auch dem oberen und dem unteren Wallis gewesen. Hier sei oft nach blutigen Kriegen wieder gefriedet worden; hier habe beinahe jeder neue Bischof und jeder neue Graf „einander die Lehre gegeben und abgenommen.“

1475 mit den Waffen eroberten. Es mag darum auch nicht wundern, daß hier gerade sich eigenthümliche Bestimmungen finden. Die privilegia Castellaniae Montheoli verordnen[112]) aber: das Weib soll, als Wittwe zurückgelassen mit und ohne Kinder, entweder aus den Gütern seines Mannes Nahrung und Kleidung nehmen, so lange sie ledig bleibt; oder sie soll eine jährliche Rente („annuam pensionem") statt des Nießbrauchs empfangen nach rechtschaffener Männer Erkenntniß und Feststellung („ad recognitionem et taxam"); ohne irgendwie die Schulden mittragen zu müssen. Oder endlich kann sie auch ihr Heirathsgut und sonstiges Vermögen an sich ziehen nebst einer gehörigen Widerlage und damit beliebig umgehen („licebit sibi dotem et bona sua quaecunque, cuius debito augmento dotis, ad se trahere et ad eius libitum facere"), ohne daß eine „protestatio" zu machen wäre durch die Nutznießerin. „Doch immerhin so, daß die Widerlage nach dem Tode des Weibes an die Erben des Mannes gelangt."

Fassen wir das Gesagte noch einmal zusammen, so ergibt sich, daß das augmentum dotis gewöhnlich im Ehvertrag bestimmt wird, im Unterwallis dagegen und zumal in Monther auch als gesetzliches Institut auftritt. Ueber die Größe verlautet nichts; sie richtet sich aber zweifelsohne nach dem Heirathsgute. Nach dem Tode der Wittwe kehrt die Widerlage an die Erben des Mannes, entsprechend dem anderen Grundsatze des wallisischen Rechtes, daß das Heirathsgut, von Verträgen abgesehen, niemals in das Eigenthum des Mannes fällt. Wo die Verhältnisse für die Wittwe am günstigsten sind, erhält sie den Nießbrauch, fast überall aber die Bedenkungen des Mannes daneben. Monther endlich eröffnet eine dreifache Wahl: nimmt das Weib die Widerlage, so erhält es nur noch das Eingebrachte. Verzichtet es aber auf dieselbe, so genießt es nebst seinem eingebrachten Vermögen in doppelter Art der Fürsorge aus den Gütern des Gestorbenen ohne Mittragung der Schulden. Die Jahresrente dabei erinnert an das sächsische oder neuere Leibgedinge, das dotalitium: beide werden ja mit Rücksicht auf die Heimsteuer festgesetzt; nur daß die deutsche Leibdingsrente eine unveränderlichere Natur hat, indem sie die vierfachen Zinsen des Heirathsgutes

---

112) lemma: »denique quo ad usumfructum.«

beträgt, wenn der Ehemann eine Widerlage versprochen hat; ohne solches Versprechen aber immerhin die doppelte Zinsen [113]).

§. 6.

3) Heergewäte und Gerade.

Wir wählen diesen stolzen Titel weniger der Ermanglung einer treffenderen Bezeichnung wegen als in der Ueberzeugung, daß die bezüglichen Verordnungen aus dem wallisischen Recht das einst lebenskräftige Institut in verblaßter Gestalt und ohne Bewußtsein wiedergeben.

Dem Weibe geziemt nicht und ist nicht gestattet, auch wenn es sonst die Nutznießung hat, »der kriegerischen Waffen und Kleidungsstücke seines Mannes sich zu erfreuen und sie zu gebrauchen«, bemerken die Statuten wiederholt [114]). Ja, es werden jene als ein heiliges Familienstück angesehen, das vom Vater an Sohn und Enkel gehen soll: daher dürfen sie nicht an Zahlungsstatt hingegeben werden, und schon der Vertrag ist nichtig, durch welchen sie für die Schulden hingegeben würden [115]). Und wo Brüder ungetheilt zusammenleben und einer derselben etwas in Krieg und Waffenthat, oder als Belohnung des Heerführers, oder von seinem Lehen, oder als Schenkung eines Freundes empfangen hat, da sollen ihm solche Güter zum Voraus werden [116]). Das Heergewäte tritt also auch hier als ein besonderes Erbtheil hervor. Ganz dem entsprechend wird erklärt [117]): daß die Weiber, wie sie keinen Theil haben sollen an den Geschenken für den Mann, so auch nicht an allem Anderen, was die Männer in Krieg und Waffenthat, oder sonst „sine interventu laboris et auxilio uxoris" erringen. Nehmen wir dazu eine mir wichtig scheinende Aeußerung Torrentes [118]), daß ebensowenig

---

113) Vgl. Eichhorn, deutsches Privatr. §. 305. Bluntschli, deutsches Privatrecht II. §. 159.

114) cap. 112. lemma 12. und Art. 50. I. Rev.

115) I. Rev. Art. 30.

116) cap. 109: »de divisione fratrum.«

117) cap. 118: »mulieres ad bona donata vel in bello parta aspirare non debent."

118) Ad cap. 112 de usufr. lemma: »Declaratur quoque.« »Dicta h. §. de uxore, cum maritus praemoritur, plerique vice versa ad maritum,

der Mann an dem speciell weiblichen Vermögen könne nach der wallisischen Praxis Antheil haben; und halten wir die Wahrscheinlichkeit fest, daß hierin die letzte Spur der Gerade enthalten ist, welche die Rechtskundigen des Landes nicht mehr verstehend, durch eine gegenseitige Billigkeit zu erhalten sich bemüht haben [119]); vergessen wir endlich nicht, daß späterhin der Einfluß des Ehemannes und der Vater Seite überwiegend wurde durch die Vorwegnahme aller Errungenschaft, daß daneben mehr und mehr die Gerade schwinden mußte, und nur die Ehefrau das ihr Gebührende nur durch Vertrag auf den Drittheil oder die Hälfte sich rettete [120]); daß dessenungeachtet dem Mann ein Voraus werden sollte in Waffen und Kriegskleid, in dem ihm allein Geschenkten, und dem durch seine Anstrengung und Geschicklichkeit Erworbenen: so sehen wir uns in eine Zeit zurückversetzt, da für den Mann im Heergewäte und der überbleibenden Errungenschaft, für die Frau hinwiederum in der Gerade auf sinnige Weise gesorgt war, so daß jeder Gatte den Theil und Gewinn hinwegnahm, der seiner Stellung und Thätigkeit gebührte [121]).

b) Eingehung der Ehe und Eheverträge.

§. 7.

Von einem der Ehe vorausgehenden Verlöbniß enthalten unsere Rechtsquellen keine Spur. Nur das wird sich in der weiteren Darstellung ergeben, daß die Eheverträge, wie allerwärts, während des Brautstandes müssen errichtet werden. Aber am Hochzeitstage selbst

---

cum uxor praedefungitur, porrigunt, ita ut neque maritus superstes usumfructum habere possit in vestimentis mulieris, cum eadem hic militet ratio quae supra; ideoque practici hoc argumentum correlativum, quod a marito ad uxorem invicem petitur, satis congruum et applicare statuere solent.«

119) cit.: »natura enim correlativum est, ut quod de uno statutum sit, de altero quoque sit statuendum.«

120) cap. 118: »quia vero uxores plerumque in contractibus matrimonialibus in tertia vel aliqua parte aequisitorum associari solent.« Cropt §. 86: »in tertia vel aequali parte aequisitorum.«

121) Vgl. etwa: Walter, Rechtsgeschichte §. 462 und Eichhorn, deutsches Privatr. §. 297. I. 1.

tritt für die in die Ehe tretende Frau eine eigenthümliche Bestimmung in Kraft. Wir haben oben gesehen, daß das weibliche Geschlecht Zeitlebens unter Vormundschaft steht und auch die Ehefrau der Vogtei ihres Mannes unterworfen wird. Zwischen dieser doppelten Abhängigkeit aber eröffnet sich ihr die vollkommenste Handlungsfähigkeit; sie kann unter Lebenden wie letztwillig beliebig veräußern an dem Tage der kirchlichen Einsegnung [122]). Ihr soll gleichsam einmal in ihrem Leben und am schönsten Tage desselben die volle Freiheit in Rechtsgeschäften zu Theil werden. In der Praxis ist aber Streit darüber, wie es sich verhalte, wenn die Braut im Pupillenalter steht? Die Einen verweigern ihr, wie Torrente [123]) bezeugt, diese Freiheit, weil sie auch den minderjährigen Männern nicht gegeben sei [124]). Andere lassen das Privilegium von dem Alter an beginnen, von welchem die Weiber ohne Widerspruch die Ehe eingehen können, also vom sechszehnten an. Denn von da scheinen ungefährlich die Streitigkeiten und Händel, welche durch fremde Anstifter und Kuppler in die Heirath betreffende Handlungen entstehen könnten [125]). Wieder Andere gestatten die Handlungsfreiheit unbedingt. Dieser Meinung möchte beizupflichten seyn, da die Statuten bei Ertheilung des Privilegs nicht unterscheiden, und die 25 oder 16 Jahre (bei Einwilligung) deßhalb ohne Belang sind, weil das Weib doch Zeitlebens unter Mundschaft steht [126]). Daran knüpft sich der weitere Streit, ob auch die „sponsa" sich des Vorrechts erfreue. Einige wollten strikte Interpretation der Statuten. Die Praxis [127]) aber läßt die vor der Ehe auch ohne Vormund gemachten Schenkungen gelten (wohl hauptsächlich wichtig des Mannes wegen), weil sie, am Hochzeittag nicht widerrufen, stillschweigend genehmigt würden, und die Eheschenkungen vom Vollzug der Ehe abhingen, wie Cropt beifügt [128]). „Und ist noch heute Uebung,

122) cap. 105 lemma 2.

123) Zu cap. 105.

124) cap. 56.

125) I. Rev. Art. 71.

126) So auch Cropt §. 229.

127) Torr. cit.: »hanc sententiam universalis praxis approbat.

128) Doch hält Cropt §. 229 diese Praxis nicht für unbezweifelt. Sie ist es aber wohl richtiger. Vgl. Cap. 112, wo die Worte: »si in contractu matrimonii vel postea interveniente consensu utrorumque« nur

daß der vorher schriftlich verfaßte Ehevertrag am Hochzeittage dem Bräutigam und der Braut vorgelesen wird. Aber während der Ehe gilt das Privileg nicht; es werde denn dargethan, daß das vorher Verabredete nur noch in Schrift gebracht wurde. Die Abfassung erfolgt dann weniger „perfectionis quam probationis causa“ [129]).

Von dem Vollzug der Ehe hängen mannigfache materielle Wirkungen ab. Doch ändern durch deren Eingehung Freie und Pflichtige („taillables“) ihren Stand nicht [130]). Und so tief geht der Vorzug ehlicher Verbindung, daß Adoptivkinder durchaus nicht ab intestato erben [131]), und daß sodann unehliche Kinder nicht einmal der Mutter folgen [132]), obschon einige Unterwalliser Statuten ihnen, selbst dem Vater gegenüber, ein beschränktes Erbrecht zugestehen; wir haben auch oben [133]) gesehen, daß das unehlich geborene Kind nicht mehr als über den Drittheil seines Vermögens verfügen kann [134]). Wird die Ehe wieder getrennt, so verliert der schuldige Theil wenigstens den Nießbrauch an des Ueberlebenden Gütern. Zweifelhaft ist nur, ob zur Erwerbung ehlicher Rechte nach des Gatten Tod die kirchliche Trauung genügt [135]), oder der Beischlaf hinzutreten muß. So viel ist gewiß, daß für die Erwerbung der Fahrniß des

---

folgenden Sinn haben können: Eheverträge werden nach wallisischer Praxis oft lange vor der Ehe verfaßt; nachher (d. h. bis zur Ehe) sind (sogar einseitig) Aenderungen darum gestattet, weil der Vertrag nur durch die Ehe Kraft gewinnt. Wenn Torrente zu Cap. 112 und Cropt ihm nachredend in §. 90 meinen, Aenderungen zu Gunsten Dritter seien während der Ehe gestattet, so bringen sie damit ganz ungehörig die Lehre von dem römisch-rechtlichen Schenkungsverbote hieher, während doch das Kapitel vom Nießbrauch an den Gütern des Ueberlebenden handelt.

129) So Torrente citatus.

130) Art. 14. §. 2. II. Rev.

131) cap. 91: »Bona decedentis personae ab humano intestatae perveniant ad liberos suos legitimos a suo corpore procreatos«; vgl. auch Cropt §. 123: »usus hodiernus.«

132) II. Rev. Art. 17.

133) Vgl. §. 1. Note 41.

134) Torrente ad cap. 112.

135) Von ihm sprechen cap. 112 de eodem 2 und II. Rev. Art. 54.

Weibes einige Libertates ein „matrimonium consummatum" fordern [136]); und auch für den Nießbrauch verlangen es die Statuten [137]). Doch lassen die revidirten Statuten das Requisit weg; und wenn schon Torrente nur keine absichtliche Unterlassung der Consummation will [138]), so sucht Cropt dieses Erforderniß vollends wegzuinterpretiren [139]). Wir dürfen demnach annehmen, daß hier wie anderwärts endlich das sittliche Zartgefühl den Sieg davongetragen hat.

Mit Eingehung der Ehe werden die Eheverträge errichtet. Schon die bisherige Darstellung hat gezeigt, wie sehr das wallisische Güterrecht ein gewillkürtes ist: daß in den Eheverträgen gewöhnlich ein Drittheil oder die Hälfte der Errungenschaft dem Weibe zugesprochen, daß in denselben das Heirathsgut und zugleich die Abfindung der Tochter festgesetzt wird; daß ferner die Widerlage, von Monthey abgesehen, lediglich dem Vertrage ihren Ursprung verdankt, daß endlich die Tochter neben ledigen Schwestern allein ihre dos conferiren darf, wenn nicht die Ehabrede es verbieten sollte. Auch ist wohl der Mangel an verschiedenartigen Instituten des Ehrechts dem mächtigen Einfluß der „contractus matrimoniales" zuzuschreiben. Bezeichnend für ihre Wichtigkeit reden auch die Gesetze von ihnen: das im Ehevertrag Beschlossene in Gegenwart der Eltern, Blutsfreunde, Vormünder und anderer rechtlicher Leute sollte feststehen und Gesetz seyn, wie es auch laute („et sint ei pro lege ut sonant"). Und erst, wenn die Eheabreder nichts über den nachehlichen Nießbrauch verfügen, sollen die Statuten in Kraft zu treten haben [140]). Und an anderem Ort [141]): in Eheverträgen dürfe Niemand hintergangen werden. Denn wie Torrente [142]) sich ausdrückt: ihre Natur ist so, daß sie am Anfang in

---

136) Libert. Cont. und Sancti Mauritii: »viri« et rel.

137) cap. 112 cit.

138) Torrente zu Kap. 112.

139) Der Nießbrauch sei nur abhängig von katholischer Trauung: II. Rev. Art. 54, nicht aber vom concubitus. Consummatio in stat. cap. 112 sei so viel als solemnitas. Uebrigens wird in Art 54. II. Rev. der Nießbrauch auch vom Zusammenwohnen der beiden Ehegatten abhängig gemacht.

140) cap. 112 principio.

141) cap. 101.

142) ad cap. 101.

der Willkür stehen, später aber den Charakter der Nothwendigkeit tragen. Uebrigens nimmt das Walliser Recht an, sie gewährten dem Ueberlebenden größere Vortheile als das Gesetz; daher immer noch der Rückzug auf dieses offen steht [143]. Ihrer Wirkung nach gehen sie selbst letztwilligen Verfügungen vor [144]. Sodann werden in ihnen allein nach wallisischem Gewohnheitsrecht [145] Verzichtleistungen auf künftige Erbschaft zugelassen. Und damit den Ehegenossen um so bereitwilliger geschenkt werde, bedarf die Schenkung im Ehevertrage keiner Entäußerung („devestire") [146]. Uebrigens gilt das Privilegium nicht nur von Zuwendungen der Ehegatten unter sich, sondern auch von solchen, die von einem Dritten einem der Gatten oder Beiden zugleich gemacht werden [147]. So ist denn den Eheverträgen gegenüber nur noch die Schranke des verbietenden Gesetzes wirksam. Und diese hindert einerseits, wie zum Ueberflusse bezeugt wird [148]: über den Pflichttheil von zwei Drittheilen des Erbgutes zu verfügen. Andererseits darf der Gatte, sei es der Mann, sei es das Weib, wenn er zur zweiten Ehe schreitet, dem Ueberlebenden nie mehr als die Hälfte des Nießbrauches vermachen [149]: »denn es ist gegen die christliche Liebe, Kinder der ersten Ehe zu berauben denen der zweiten zulieb.«

§. 8.

c) Die ehliche Vormundschaft.

Der Mann ist der rechte Vormund seines Weibes — ist der Gedanke, der zwar in diesem Wortlaute von einer romanisirenden Theorie nirgends ausgesprochen wird, aber schlagend durch die ganze dem Manne eingeräumte Stellung hervorleuchtet. Und fast als unmittelbare Aeußerung mögen die Worte gelten [150]: »Weiber,

143) cap. 112 lemma 3: »conjux superstes habeat electionem utendi usufructu et se tenendi ad illum.«

144) cap. 101.

145) Cropt §. 554.

146) cap. 105 lemma 1.

147) Cropt §. 232 und Torrente zu Kap. 105.

148) Libertates Cast. Martign. lemma: »primo.«

149) II. Rev. Art. 55.

150) cap. 121. Cropt §. 88: »qui proinde tamquam legitimus uxoris suae curator habendus est.«

in was für immer einem Lebensalter und in wie verschiedenen Lagen sie sich befinden, stehen immer unter tutela und cura; wenn sie Männer haben, können sie ohne deren Beistand und Erlaubniß (auctoritate) keine rechtskräftige Handlung vornehmen, noch vor Gericht erscheinen." Denn damit ist deutlich genug bezeichnet, daß das Weib unter Vormundschaft, nämlich der durch die Ehe bedingten, steht. Man nehme hinzu, daß ein Richter allein niemals eine Ehefrau zu einem ihr "präjudicirenden" Vertrage verpflichten kann, wohl aber der Ehemann [151]).

Vor Allem ist für den Walliser wichtig das Recht der Nutznießung an dem Vermögen des Weibes in seiner Gesammtheit [152]). Hand in Hand damit geht die Pflicht des Mannes, für die Lasten des Hauswesens zu sorgen und alle durch dasselbe verursachten Kosten zu tragen; was darin liegt, daß die Schulden, welche das Weib ohne Wissen ihres Ehevogtes und ohne Nothwendigkeit gemacht hat, diesen nicht angehen [153]). Und ferner hängt damit zusammen, daß auch die ehliche Errungenschaft zunächst dem Manne gehört, eben weil er die Kosten der Ehe bestreiten soll; und selbst, wenn im Ehevertrage dem Weibe ein Theil zugesprochen ist, so fällt doch immer nur der Ueberschuß, d. h. die nicht in's Hauswesen verwandte Errungenschaft in Betracht. Wir verweisen hierüber theilweise auf die obigen Erläuterungen [154]). In die Errungenschaft fällt nun das durch den Ehemann und die Ehefrau Erworbene, mit Ausnahme dessen, was einzig und allein durch männliche Kraft und Thätigkeit oder durch Geschenke an den Mann in das ehliche Vermögen gelangt ist [155]). Diese Bestimmung wäre allzuhart und eine Uebertreibung der dem Manne gebührenden Stellung des Hauptes in der Ehe, wenn nicht die Verträge das Gleichgewicht wiederherstellten. Es versteht sich und ist auch schon erwähnt, daß der Frau allein gehört, was als Erbe an sie gelangt [156]).

---

151) II. Rev. Art 11. lemma 2.

152) cap. 117. lemma 2. verbis: »etiamsi utetur ususfructu.« Cropt §. 86: »Illud etiam apud nos receptum est, ut fructus bonorum uxoris ad maritum pertinent.«

153) cap. 117. lemma 2; II. Rev., Art. 27.

154) Vgl. §. 7.

155) cap. 118 und cap. 91. lemma 2.

156) Cropt §. 284.

Mit dem ehelichen Nießbrauch verbunden ist ein freies Verwaltungsrecht des Mannes am Vermögen seiner Gattin. Die wenigen bezüglichen Bestimmungen zeigen, daß wir hier nicht mit einer römisch-rechtlichen Nutznießung zu thun haben, sondern mit dem altdeutschen Systeme der Güterverbindung und seinen Folgen. Demgemäß tritt auch entschieden hervor der Gegensatz zwischen Liegenschaft und Fahrniß. Jene kann der Ehemann nicht veräußern ohne Zustimmung seines Weibes; über diese dagegen hat er freie Verfügung [157]). Und auch bei stattgefundener Einwilligung zur Veräußerung soll doch wieder, wofern es nur immer möglich, der Kaufpreis in den Nutzen des Weibes angelegt, d. h. es sollen neue Liegenschaften angeschafft werden an Stelle der alten [158]). Ja bei gerichtlichem Auftreten soll das Weib, wenn es sich um dessen Immobilien handelt, mit dem Manne erscheinen [159]), obschon ihm sonst der Zugang zum Gerichte verweigert wird [160]). Die ursprüngliche Einsprache der Verwandten bei Veräußerungen von Liegenschaften, außer im Falle „ehehafter noth", hat sich auch im Walliser Rechte zu einem bloßen Retrakte der Blutsfreunde bis zum vierten Grade abgeschwächt [161]). Sonderbar ist aber die Bestimmung, daß das Zugrecht dann wegfällt, wenn der Ehemann des Weibes Immobilien veräußert, und ihr ebenso viele an Zahlungsstatt hingibt [162]). — Die Einzelheiten der Administration sind nirgends auch nur einiger Maaßen erschöpfend berücksichtigt; indeß wird Einiges aus dem parallel laufenden nachehlichen Nießbrauchsrechte zu entnehmen seyn. Hier ist noch anzuführen, daß der Mann im Namen seines Weibes den Retrakt üben kann [163]), — gewiß eine weitgehende Befugniß, da es sich um Ankauf neuer Liegenschaften handelt.

Der Ehemann gibt, wie erwähnt, seinem Weibe erst die volle Handlungsfähigkeit. Dem entsprechend vertritt er auch das Weib ohne andere Vollmacht, als die in seiner Vormundschaft enthaltene [164]).

157) cap. 119 lemma 2.

158) Ibidem lemma 2. Cropt §. 653: »compensae nomine.«

159) C.-Pr.-O.: Art. 469.

160) II. Rev. Art. 40.

161) cap. 81 lemma 1.

162) cap. 119 lemma 3.

163) cap. 81 lemma 4.

164) C.-Pr.-O. §. 469 vgl. mit §. 52.

Andererseits ist aber seine Stellung keine unumschränkte wie die des Hausvaters in der strengen römischen Ehe. Darum hat er die Liegenschaften der Frau zu versichern [165]), die auf denselben liegenden realen Lasten jährlich abzutragen, und sie nachgehends noch zu berichtigen bei etwaigen Versäumnissen, troß dem Verzicht auf den Nießbrauch der Verstorbenen [166]). Und wenn er dem Weibe seine Beihülfe zu Verträgen weigert oder seine Vertretungspflicht versäumt, so kann der Richter einen Familienrath einberufen, und das Weib mit einem Pfleger versehen [167]). Sollte endlich der Mann seine väterlichen und mütterlichen Güter verschwenden, und dadurch Weib und Kind in's Elend bringen, so soll er bei Zeiten mit einem Vormunde versehen werden [168]), die betreffenden Verkäufe und Verträge aber sollen null und nichtig seyn [169]).

§. 9.

d) Stellung und Rechte des Weibes.

Das Weib tritt im äußeren Verkehre nur mit dem Beistande des Mannes wirksam auf. Aber auch ihr eröffnet sich innerhalb der Haushaltung und zu deren Zwecken nach Außen hin ein Kreis, in welchem sie sich frei bewegen kann und muß. Nur wenn sie das Auge auf große Angelegenheiten richten will, wo die weibliche Klugheit nicht mehr ausreicht, überschreitet sie die Grenzen ihrer Wirksamkeit. Das ist es, wenn die Quellen reden von Schulden des Weibes, „ohne Wissen des Mannes“ und „ohne Nothwendigkeit“ gemacht, für die der Mann nicht aufkommen müsse [170]), ja die, bezahlt, dem Manne wieder zu erstatten sind [171]). Aber ebenso gewiß fallen ihr die Haushaltungsschulden nicht zur Last [172]). Indeß wird auch in der häuslichen Wirthschaft Treue gefordert; und wenn das Weib durch ihre Liederlichkeit bewirkt, daß der Mann nicht nur

165) Siehe den folg. §.
166) cap. 117 lemma 1.
167) C.-Pr.-O. §§. 473 und 474.
168) II. Rev. Art. 41.
169) II. Rev. Art. 10.
170) cap. 117 lemma 2.
171) cap. 119 i. f.
172) arg. a contr. cap. 117.

sein eigen Gut, sondern auch das seines Weibes verkaufen muß, das jener doch wieder erstatten soll auf Kosten seines eigenen Vermögens: so mag der Richter urtheilen und der schuldige Theil den Verlust tragen [173]). Daß aber dem Manne nicht auch sein Gut ersetzt wird, hat den Grund in der übergeordneten Stellung, kraft deren er der Verschwendung des Weibes ein Ziel setzen kann und soll.

Mit Beistand des Mannes ist die Ehefrau überall handlungsfähig. Auch dieser Satz erleidet eine natürliche Ausnahme, wenn die beiden Gatten mit einander verkehren wollen. Denn Niemand vermag ja in eigener Sache „auctor" zu seyn. Daher kann die Frau wohl mit Willen des Ehemanns veräußern, niemals aber, durch Arglist bewogen, weder mittelbar noch unmittelbar zu dessen Gunsten [174]). Und will das Weib für den Mann Kaution stellen, so sollen zwei Blutsfreunde und Erben sie begleiten und bevollmächtigen; und an Fremde Verheirathete müssen überdieß die Billigung des Richters nachsuchen [175]). — Hieran knüpft sich die Frage, ob Schenkungen unter Ehegatten verboten sind? Cropt [176]) verneint es mit Hinblick auf das römische Recht. Die Statuten selbst schweigen. Mir scheint, dem Geiste der Statuten entspräche vielmehr eine außerordentliche Beistandschaft wie bei der Kaution.

Wie wenig aber die Ehegattin als rechtloser Theil ihrem Vormund gegenüber betrachtet wird, wie sie vielmehr überall auch als seine Genossin erscheint: das zeigen die zahlreichen Vorsichtsmaßregeln der Walliser Statuten, damit sie einst bei Auflösung der Ehe ihr Gut ungeschmälert zurückerhalte. Das Frauengut nämlich, das gehörig versichert wurde („de quibus idoneam fecisset super bonis suis assignationem"), geht nach den Kosten der Liquidation allen übrigen vor, wenn nur nicht die Hypothecirung schon vor der Ehe erfolgt ist, da sonst die Gläubiger ohne nur mögliche Abwehr des Schadens benachtheiligt würden. Doch bewirkt das Privilegium, daß auf Specialhypotheken, die während der Ehe

---

173) II. Rev. Art. 27 und Art. 440 der C.-Pr.-O.

174) cap. 105 lemma 2: »fraude et dolo semotis et dummodo directe vel indirecte donatio ad opus et utilitatem mariti non cedat.«

175) II. Rev. Art. 11 lemma 1.

176) §. 89.

mit allen gesetzlichen Erfordernissen, d. h. entweder vor Gericht oder vor Notar und Zeugen, errichtet sind, gegriffen wird. Priveligirt ist aber die „dos“ von der Zeit ihrer Uebergabe an, die „Paraphernalien“ sind es mit dem Tage der Ehe [177]). — Ueber die Art der Verpfändung und Versicherung („posatio et assecuratio“) selbst wird verfügt: der Ehemann soll die Eintragung machen auf seine freien Liegenschaften und zwar auf vier Drittheile des Werths des Weiberguts. Fehlt es an freien Gütern, so können auch belastete zur Versicherung dienen; und erst, wenn Liegenschaften gänzlich mangeln, dürfen Mobilien verpfändet werden. Doch ist solche Verpfändung nur wirksam zum Nachtheil der sonstigen Gläubiger, wenn in der That kein unbewegliches Gut vorhanden ist [178]). Ein Lehenmann soll zuerst (wie zur Aussteuer der Tochter so) zur Sicherstellung für die Gattin sein Allod belasten und dann erst das Lehengut, welches immer nur im Nothfalle und mit Erhaltung der Lehenqualität haftet [179]). Die verpfändeten Immobilien kann das Weib so lange in seinem Besitz zurückhalten und nutznießen beim Absterben des Mannes, bis ihm völlig das Seine wieder geworben ist, wenn der Mann auch in verschiedenen Terminen die bezügliche Summe empfangen hat [180]). Indessen ist auch hier Vorsorge getroffen, daß die Wohlthat für das Weib (immerhin keine für den Verkehr!) nicht zum Betruge ausgebeutet werde; und es muß auf andere Weise als durch Geständniß des Mannes bewiesen werden, daß das Heirathsgut und übrige Vermögen der Frau wirklich sei ausbezahlt und tradirt worden. Darum soll zuerst procedirt werden über die durch den Mann veräußerten Güter des Weibes [181]), und es sind die Immobilien dem Werthe nach zu ersetzen, wenn keine anderen dafür angeschafft wurden, auch wenn des Weibes Einwilligung hinzugetreten ist. Aber Schenkungen des Mannes an das Weib genießen nur einer allgemeinen Hypothek, „wenn nicht eine specielle wäre

177) cap. 88 in fine. Torrente ad hoc. II. Rev.: Art. 6. Code de proced. civ.: Art. 544. Zuerst wird auf die unversicherten Güter gegriffen, dann auf die mit Generalhypothek, zuletzt auf die mit Specialhypothek belasteten.

178) cap. 119 lemma 1 u. lemma 2 in fine.

179) cap. 125.

180) cap. 119 lemma 1 in fine.

181) cap. 88 i. fi. und Cropt §. 87. Art. 542, code de proc. civ.

stipulirt worden": das Privilegium soll nur zur Abwendung eines Schadens dienen [182]).

Drittes Kapitel. Das Güterrecht nach dem Tode des einen Ehegatten.

§. 10.

a) Der nachehliche Nießbrauch überhaupt.

Das hauptsächlichste Recht des überlebenden Ehegatten ist der Nießbrauch am Gesammtvermögen des Verstorbenen, wenigstens an einem ideellen Theile desselben.

Bevor aber der überlebende Ehegatte dieses Rechtes theilhaftig wird, muß er sich verschiedenen Maßregeln unterziehen. Und zwar ist die erste Aufgabe nach den allgemeinen Statuten eine Erklärung an den ordentlichen Richter des Wohnorts innerhalb der nächsten sechs Wochen vom Tode an, daß er während seines Lebens an allem Vermögen des Verstorbenen die Nutznießung wünsche. Daneben soll gehörige Kaution, d. h. wenigstens solche durch Bürgen, gestellt werden über gehörige Erhaltung des Vermögens in gleichem Stande und Inventarisirung zum Zwecke der endlichen Rückerstattung, wenn es verlangt wird („de conversando et regnoscendo“). Dann erhält er ein bezeugendes Schreiben vom ordentlichen Richter, ohne daß weitere Insinuation nöthig wäre, z. B. an die Erben. Versäumt aber der Gatte die Frist („si non acceptat“), so geht sein Recht auf den Nießbrauch verloren [183]). Doch wird Wissen des Todesfalles vorausgesetzt. Nach Torrente [184]) kann der Erblasser die Kaution erlassen. Derselbe glaubt neben Anführung anderer Meinungen: wenn kein Bürge könne beschafft werden, soll einem zuverläßigen Manne, der Kaution stellen kann, die Verwaltung übertragen werden; die Früchte aber sollen dem Ueberlebenden zufallen [185]). Doch genügt anfänglich gestellte Kaution, wenn späterhin Umwandlungen in dem der Nutznießung unterworfenen Ver-

182) §. 435. C.-Pr.-O. und Cropt §. 8.

183) cap. 114.

184) Anders Cropt §. 483 mit Berufung auf das römische Recht.

185) cap. 112 lemma 3 u. 4 und Torrente ad hoc. Cropt §. 483.

mögen erfolgen [186]). Da das Inventarium (die „recognitio usus-fructus“) nur der Erben wegen errichtet wird, erfolgt es immer erst auf deren ausdrückliches Verlangen. Uebrigens kann auch, wer sonst ein Interesse nachweist, requiriren: die Recognition ist innerhalb sechs Wochen [187]) vorzunehmen von Zeit der Requisition an. Die endliche Rückerstattung ohne Streit soll das Inventarium ermöglichen. Ueber dessen Beschaffenheit erwähnen die Statuten folgende Einzelnheiten: Die Liegenschaften sollen nach dem Liegort bezeichnet werden; die Fahrniß, welche ganz und unversichert zu erhalten ist, soll in das Inventarium aufgenommen, Mobilien aber, die dem Untergang ausgesetzt sind, taxirt und veräußert werden. Sterben Thiere oder geht andere Fahrniß unter, so wird bei ihrem Abgang der Werth ersetzt. Statt der Consumtibilien wird gleiche Quantität und Qualität erstattet [188]).

Diese Maßregeln, die der überlebende Gatte vorzunehmen hat, wenn er sich den Nießbrauch sichern will, scheinen für Oberwallis festgesetzt worden zu seyn, während die Unterwalliser Freiheiten in verschiedener Art Abweichungen von den gemeinen Statuten enthalten. So verfügen die libertates Contegii [189]): der Mann sei nicht gehalten, irgend einem Inventare oder sonst einer Arbeit sich zu unterziehen, wenn nicht entweder Kinder neben ihm erben oder es von den Seitenverwandten verlangt werde. Dann habe er binnen sechs Wochen unverzüglich zum Inventare zu schreiten. Die libertates Castellaniae Martigniaci [190]): der Ueberlebende solle keine Erklärung abzugeben noch Kaution zu stellen haben. Ein Inventarium solle er machen müssen, wenn es durch die Nebeneigenthümer verlangt werde. Sonst seien die allgemeinen Statuten maßgebend. Die privilegia Montheoli [191]): der die Fahrniß erbende Mann habe als Bedingung des Nießbrauchs ein Inventarium zu errichten, auch wenn keine Kinder neben ihm erbten. Endlich stellen die libertates Intermontium, Sancti Mauritii und die libertés de Nenda [192]) in ganz

186) cap. 112 de eod. I. und Torrente ad hoc.

187) Früher waren dafür nur 14 Tage gegeben: 1. Rev. Art. 49.

188) cap. 112 lemma 14. Torrente ad hoc.

189) De protestatione.

190) lemma: »tum ut conjux superstes.«

191) »Denique quoad usumfructum.«

192) »De protestatione usus fructus. Comme en doit protester son usufruit.«

übereinstimmender Fassung folgenden Gegensatz von Mann und Weib auf: Bei unbeerbter Ehe habe der Mann niemals nöthig, eine Erklärung oder ein Inventar zu errichten; das Letztere jedoch auch dann, wenn es die Seitenverwandten verlangten. Dagegen muß die Wittwe innerhalb vierzig Tagen vom Tode des Mannes an „protestari“, ein Inventar errichten und gehörige Sicherheit stellen zum Zwecke der Rechnungsableistung nach ihrem Tode, wenn sie nicht der Nutznießung will verlustig gehen. Doch könne sie der Ehemann im Testament von der „protestatio“ und Inventarerrichtung befreien.

Da der nacheheliche Nießbrauch nur zum Vortheile des überlebenden Gatten dient, so kann auf denselben gar wohl verzichtet werden [193]). Entsagt der überlebende Mann der Nutznießung, so muß er nicht einmal die dem Weibe erlaubten Schulden tragen; sondern es werden dieselben deren Erben auferlegt. Er hätte denn unterlassen, das zu berichtigen, was jedes Jahr mit dem Genusse der Früchte Hand in Hand geht: die auf den Gütern des Weibes liegenden Zinse; oder er hätte gemeinschaftlich mit dem Weibe sich verpflichtet [194]). Es ist das eine Art Abfindung mit den Erben des Eheweibes. Doch werden die eigentlich häuslichen Schulden schon darum nicht darunter zu begreifen seyn, da für solche der Mann unmittelbar verpflichtet wird. Hinwiederum soll der Ehefrau, die des Nießbrauches nicht begehrt, ein Jahr lang oder wenigstens bis zur Einsammlung der nächsten Ernte nach ihrem Stand und ihren Bedürfnissen der Lebensunterhalt aus dem Gesammtvermögen des Verstorbenen zukommen [195]). — Dieses Recht auf den Verzicht fällt natürlich dahin mit erfolgter Annahme. Sodann auch, wenn der Ueberlebende während der Berathungszeit irgend etwas aus dem Vermögen des verstorbenen Theiles veräußert oder entfrembet hat. Aber ausgenommen ist der nöthige Lebensunterhalt für sich und die Seinen, worunter auch das Gesinde begriffen wird. Die Zeit dauert vom Todestage sechs Wochen lang, wenn nicht früher die Erklärung erfolgte und Kaution geleistet wurde. Die Erben aber haben neben Rückverlangung des Unterschlagenen die Wahl, den

193) arg. a contrario cap. 112. cap. 115. cap. 117.

194) cap. 117.

195) cap. 115.

Entfremder zum Nießbrauch anzuhalten oder ihn davon abzutreiben, je nachdem es der Vortheil mit sich bringt [196]).

Kein anderes Recht indessen erfreut sich solch' eines Schutzes, wie diese nachehliche Nutznießung. Wir haben oben gesehen, daß das Gesetz präsumire, die Eheverträge, welche allerdings auch hier eingreifen können, ließen doch nur eine Aenderung eintreten zu Gunsten des Ueberlebenden [197]). Dagegen kann testamentarisch weder Mann noch Frau verfügen „in praejudicium ususfructus", während die Entäußerung unter Lebenden allerdings giltig ist [198]). Einzig zu Gunsten frommer Stiftungen darf auch zur Schmälerung des Nießbrauchs testirt werden [199]). Die Praxis hat angenommen, bei stattgehabten letztwilligen Verfügungen ruhe nur der Nießbrauch bei Lebzeiten des Wittwers oder der Wittwe [200]). Ja der Ususfructus soll der Wittwe sogar zustehen an einem Lehen auf Herrengunst [201]); und es soll der Lehensherr ihr nicht einmal die nöthige Fahrniß, d. h. das Inventar, entreißen, sondern lassen in würdiger Duldung [202]), obschon doch Weiber nicht fähig sind zum Lehendienst [203]). Deßhalb wird den Erben ein tauglicher Stellvertreter gegeben [204]), bis die Knaben herangewachsen sind zur Ableistung des homagium [205]). Die libertates Civitatis Sedunensis [206]) fügen bei: bis die Knaben das Alter erreichen oder die Wittwe einen zweiten Mann nimmt, welcher des Lehendienstes warten könne [207]).

---

196) cap. 112 i. f. u. Torr. ad hoc.

197) §. 7, Note 143, und arg. a contr. II. Rev. Art. 55.

198) cap. 105 in fine: „quae donationes inter vivos factae pro tanto et rata eorum praeiudicant usufructuariis."

199) cap. 103 in fine.

200) Torrente zu cap. 103.

201) cap. 113: „etiamsi sint de feudo homagii ligii talliabilis ad misericordiam vel alterius conditionis et naturae."

202) cap. 113.

203) cap. 96.

204) cap. 112 de eodem I.

205) cap. 96.

206) „Qualiter Domini non possunt habere commissionem super bonis pupillorum et viduarum."

207) Eigenthümlich, aber mir nicht ganz klar lautet die libertas Riddae et Saxonis über den Nießbrauch des conjux superstes. Hier haben die

Der Nießbrauch des überlebenden Gatten ergreift das Vermögen in seiner Totalität oder zu einem ideellen Theile. Nirgends ist etwa von einer Nutznießung nur der Liegenschaften die Rede oder einem Institute, das an die Leibzucht erinnerte. Natürlich aber erstreckt sich dieser Nießbrauch nicht weiter, als auf das zur Todeszeit vorhandene Vermögen, und später anfallendes Erbe wird ihm nicht unterworfen, wie die wallisische Praxis ausdrücklich bezeugt [208]).

Endlich ist noch die Stellung des Nutznießers selbst in's Auge zu fassen. Es versteht sich, daß die auf dem Boden liegenden Schulden immer nach Verhältniß, also ganz oder zur Hälfte, vom Nutznießer mitgetragen werden [209]). — Kurz nur äußern sich die Statuten über die Befugnisse des Nutznießers. Wenn sie aber neben der Unterschlagung und der Unterlassung der schuldigen Recognition als Gründe [210]) zum Entzuge des Nießbrauches anführen: wenn die Dächer der Gebäude nicht in gutem Zustande erhalten oder fruchttragende Bäume umgehauen werden, oder wenn dem Besitzthume überhaupt nicht die gebührende Pflege wird: so ist durch den Zusammenhang offenbar, daß damit nicht die Grenzen der Verfügungsfreiheit angedeutet werden; daß vielmehr nur der Frevel, der das anvertraute Gut verwahrlost, seine Strafe erhalten soll. Denn Fruchtbäume zu schlagen, gestattet unter Umständen selbst das römische Recht. Wie viel freier dagegen die Stellung des nach ehlichen Nießbrauchers ist, das erhellt daraus, daß er Bodenzinse darf ablösen lassen, also nach wallisischem Rechte Liegenschaften in Fahrniß umwandeln [211]), und daß er die Einlösungssumme wieder kann auf Zinsen ausleihen oder zu anderem Gebrauche bestimmen [212]).

Pachtverhältnisse (das „albergamentum") überwiegenden Einfluß auf das Nießbrauchsrecht.

208) Torrente zu cap. 112. lemma: „Usum habens" in fine. Cropt §. 473: „duo ususfructus cumulari non possunt."

209) cap. 112. lemma: „conjux superstes." Torrente ad hoc. Cropt §. 486: „ut sunt usurae, census et reditus bonorum, collectae et similia."

210) cap. 114. Cropt nimmt in §. 491 die Fälle der Entziehung des Nießbrauchs wörtlich.

211) cap. 110: „nec non redditus perpetui sive ad tempus redimibiles, si sint annui et super bonis immobilibus assignati, inter immobilia censentur."

212) cap. 112. De eod. I. und Torrente ad hoc.

b) Stellung des überlebenden Gatten.

§. 11.

α) Im Unterwallis.

Hinsichtlich der Stellung des überlebenden Gatten trennen die Landesstatuten scharf zwischen dem oberen und dem unteren Wallis.

Im Lande unterhalb der Raspilia gewinnt der „conjux superstes" bei unbeerbter Ehe den Nießbrauch an allen Liegenschaften und aller Fahrniß, wobei er nach Verhältniß die Lasten mittragen soll, wie die Gewohnheit mit sich bringt. Das Weib aber soll nur dann und so lange dieses Rechtes genießen, als sie züchtig lebt und im Wittwenstande verharrt. Sollte sie dem Einen oder dem Anderen zuwiderhandeln, so behält sie für den übrigen Theil ihres Lebens nur zur Hälfte die Nutznießung [213]). Sind aber neben dem überlebenden Gatten Leibeserben, so genießt jener nur die Hälfte der Nutznießung mit der Hälfte der Lasten, wie es die Gewohnheit von jeher geregelt hat; er wird aber daneben immer alle testamentarisch oder sonst ihm gemachten Schenkungen, wie landesüblich, in Anspruch nehmen dürfen [214]). Es ist übrigens zweifelhaft, ob die unzüchtige oder sich wiederverheirathende Wittwe neben Kindern auch die ihr von Anfang nur zur Hälfte zugewiesene Nutznießung verliere? Torrente hält diese strenge Meinung anderen Praktikern gegenüber fest [215]). Zweifelhaft ist ferner, ob diese Strafbestimmungen auch für das obere Wallis gelten. Der Zusammenhang der Statuten ist dem entgegen. Cropt aber [216]) spricht von jenen ganz allgemein.

Im Einzelnen lauten die Unterwalliser Freiheiten etwas verschieden, obwohl sie sämmtlich im Grundgedanken mit dem in den Statuten Gesagten über das Land unterhalb der Raspilia zusammenstimmen. Am meisten nähern sich die libertates Contegii [217]). Doch bringen sie die Veränderung an, daß der Mann bei unbe-

213) libert. Sancti Mauritii: „ipso facto usus fructus suus expirat." Ebenso die libert. Intermont. Libertés de Nenda: „elle perdra son usufruit."

214) cap. 112. lemma 5—8.

215) Cropt §. 493.

216) Cropt cit.

217) „Viri succedunt" und „de usufructu."

erbter Ehe die gesammte Fahrniß erhält. Die ganze Fahrniß sprechen auch die libertates Intermontium und Sancti Mauritii [218]) dem Manne zu, wenn keine Kinder miterben; fügen aber als fernere Abweichung bei, daß jener auch bei beerbter Ehe nur dann die Hälfte der Nutznießung an die Kinder abgeben müsse, wenn diese mit ihm zusammenwohnen wollen. Die libertés de Nenda [219]) verfügen in Bezug auf den Ehemann ganz wie die Landesstatuten; nur daß ihm bei unbeerbter Ehe die Fahrniß zufällt. Das Weib aber erhält neben Kindern nur die Hälfte und muß noch überdieß die minderjährigen Kinder ernähren, wenn die andere Hälfte der männlichen Hinterlassenschaft dazu nicht reichen sollte. Am meisten weichen die libertates Castellaniae Martigniaci ab, die doch für das Uebrige auf die Landesstatuten verweisen [220]): der überlebende Ehegatte solle bei unbeerbter Ehe alle Liegenschaften, bei beerbter nur die Hälfte der Liegenschaften haben und dem entsprechend die ganze oder halbe Fahrniß und die ganzen oder nur die Hälfte der Capitalien nutznießen. Vielleicht aber ist nur der Ausdruck im höchsten Grade ungenau, so daß dann diese Freiheiten mit den Landesstatuten durchaus übereinstimmten [221]). Endlich soll nach den privilegia Montheoli [222]) der überlebende Mann bei unbeerbter Ehe alle Fahrniß, neben Kindern aber nur die Hälfte derselben nutznießen dürfen. Der Liegenschaften geschieht keine Erwähnung. Wie aber das Weib sich stelle nach dem Tode ihres Gatten, davon ist oben [223]) die Rede gewesen.

---

218) „de usufructu virorum et mulierum“ und „mariti succedunt.“

219) touchant l'usufruit des hommes et des femmes. Torrente zu cap. 112. Addit. II. Les hommes sont héritiers des meubles de leurs femmes.“

220) „tum: ut conjux superstes possit uti et jure ususfructus et habere omnia bona immobilia conjugis decedentis ab humanis sine liberis legitimis; si vero defunctus liberos habeat legitimos, medietatem tantum.“

221) Nach der obigen Annahme geriethen diese Statuten auch in Collision mit dem in ihnen (stillschweigend) sowohl gegenüber dem Testamente als den Eheverträgen bestätigenden Pflichttheilsrechte der Zweidrittheile.

222) Denique quoad usufructum.

223) In §. 6.

§. 12.

β) Im Oberwallis.

Dürftiger sind die Nachrichten aus dem Lande unterhalb der Raspilia. Der überlebende Gatte erhält hier immer nur die halbe Nutznießung, sei die Ehe beerbt oder unbeerbt, mit der Hälfte der Lasten. Wenn indessen der Verstorbene minderjährige Kinder zurückläßt, die aus dem halben Ertrag der Güter nicht können erzogen werden: so soll der Ueberlebende sich auf den vierten Theil des Nießbrauchs zu beschränken, dagegen sich um die Ernährung und Erziehung seiner Kinder nicht mehr zu kümmern haben. Es ist also Aehnlichkeit mit den libertés de Nenda und doch wieder Verschiedenheit von denselben. Die Schulden sind verhältnißmäßig zu tragen [224]). Torrente [225]) läßt indeß dem Vater auch die Freiheit, den halben Nießbrauch zu behalten und dagegen die Erziehung der Kinder auf sich zu nehmen. „Uebrigens", fügt er bei [226]) „ist über den Nießbrauch an verschiedenen Orten die Uebung verschieden. Daher die Gewohnheiten derogiren." Welches aber diese Abweichungen sind, erfahren wir aus den Oberwalliser Statuten nicht.

Etwas befriedigender ist eine andere Aeußerung Torrente's [227]): „nach wallisischem Rechte gibt es kein Erbrecht der Ehegatten, außer an Orten, wo der Ehemann dem ohne legitime Kinder absterbenden Weibe in alle Fahrniß folgt, wie das zu Sitten (eigentlich unterhalb der Raspilia), Leuk und an mehreren anderen Orten hergebracht ist. Dahingegen steht dem armen wie dem reichen überlebenden Gatten ein Nießbrauchsrecht zu an dem Vermögen des Gestorbenen, mit Unterscheidung, ob Kinder miterben oder nicht."

§. 13.

c) Die Wittwe als Vormünderin ihrer Kinder.

Die Vormundschaft der Wittwe über ihre Kinder ist, was die formelle Seite des Institutes anlangt, sicherlich durch den Einfluß des römischen Rechtes hingestellt worden. Daß aber in materieller

---

224) cap. 112. lemma 9 — 11.

225) ad cap. 112. lemma: „conjux superstes."

226) loco cit.

227) ad cap. 112 principio.

Hinsicht ein bedeutender Unterschied ist in der Stellung der wallisischen Wittwe und der durch das römische Recht eingesetzten Mutter und Großmutter, und daß sich in der That die Vormundschaft der ersteren nur auf die Erziehung und den mütterlichen Einfluß beschränkt, welcher auch während der Ehe nothwendig ist, wird die folgende Darstellung lehren.

"Die Wittwe", erklären die Statuten [228]), "kann im Namen ihrer Kinder keine rechtskräftige Handlung vornehmen, noch vor Gericht erscheinen, außer wenn („nisi") sie in Gegenwart des Richters von ihren Blutsfreunden ermächtigt wird; sogar auch („vel"), wenn der Ehemann im Testamente seinem Weibe solche Vollmacht gegeben und es so gewollt und sie als Vormünderin seiner Kinder eingesetzt hat." Ergänzend treten die libertates Bann. Intermont., Sancti Maur. und die lib. de Nenda [229]) zur Seite. Sie verfügen nämlich in völliger Uebereinstimmung: weil oft die Weiber als einzige Vormünderinnen ihrer Kinder und deren Vermögen ohne Auferlegung einer Inventar-Errichtung oder Rechenschafts-Ablegung von ihren Männern im Testamente eingesetzt werden, sie aber leicht wegen Beweglichkeit und Schwäche ihres Geschlechts („propter sexus mobilitatem et fragilitatem", à cause de la légèreté de leur sexe ou de leur propre mouvement"), aus eigenem oder fremdem Antrieb, sich könnten Unterschleife zu Schulden kommen lassen: so soll der Richter einem Weibe, welches keinen Beistand hat, sowie deren Kindern einen Beistand und zwei Berathene setzen. Alsdann soll das Weib ohne Autorität und Einwilligung des Beistandes keine giltige Handlung vornehmen können, in schwierigen und doch nothwendigen Angelegenheiten aber überdieß die beiden Berathenen beizuziehen haben. Sollte aber das Weib sich unkeusch betragen oder in die zweite Ehe treten, so muß sie ein Inventar errichten und Rechenschaft ableisten. Sonst ist sie, wenn das Testa-

228) Anders, aber gewiß unrichtig, übersetzt Cropt §. 141 das „nisi" und „vel": "außer wenn sie der Vater im Testament oder der Familienrath als Vormünderin eingesetzt hat." Das beweisen schlagend die Unterwalliser Statuten. Torrente's Commentar reicht nicht so weit.

229) De mulieribus curam habentibus suorum liberorum. Des femmes qui ont charge de leurs enfants par testament.

ment es nicht befiehlt, von sich aus nicht dazu verpflichtet. Immer aber kann es verlangt werden.

Es ist damit in der That die Vormundschaft des Weibes so viel als aufgehoben. Aber es paßt diese Stellung der Wittwe in das System des wallisischen Rechtes, welches die Geschlechtsvormundschaft im altdeutschen Sinne so beharrlich festgehalten hat. Denn Niemand kann einem Anderen ergänzend zur Seite stehen, der selbst des männlichen Schutzes bedarf.

IV.

Der Gmaind zu Eckingen Büchlin

de ao. 1531 *).

Das ist ein Vertrag, so uff Dornstag vor dem Sonntag Reminiscere Anno dni. XV. vnd im dritten Jar gemacht worden ist zwischen Abbtissin vnnd Conuent zu Seflingen vnd Doctor Jeronimus Wurm, Advocaten zu Constenz, von der Guter zu Eckingen wegen (1503).

Ich Bruder Bartholomeus Wyer, Vicarius Provincial sannt Franciscen Ordens der mindern Brüder von der Obseruantz der

*) Eckingen (Eggingen), Pfarrdorf von 260 katholischen Einwohnern im heutigen württemberg. Oberamt Blaubeuren. Original-Urkunde auf XXXII Blättern starken Schreibpapiers; gothisch geformte Handschrift; vorn eine Inhalts-Uebersicht. Die Jahrszahl 1531 steht außen, ist jedoch erst später der Ueberschrift beigefügt. Das „Büchlin" enthält eine Sammlung von Verträgen, Gemeindebeschlüssen, Urtheilen und Dorfweisthümern, welche von dem öfters genannten Hans Wurm (Vater des Konstanzer Advokaten Dr. Hieronymus Wurm), einem der drei Herren des Orts zusammengestellt sind. (Vgl. unten S. 140. 141. 149. 151. 143. 144. 147.) Das Ganze trägt das Gepräge des Ursprünglichen, und führt uns in die Verhältnisse geistlichen und weltlichen Kondominats im Mittelalter und eines daneben bestehenden Gemeindelebens in kirchlichen und weltlichen Dingen, auch in die sonstigen auf dem Lande wichtigen Rechtsverhältnisse (Allmanden, Wässerung, Tratt- oder Waiderecht, Haltung von Faselvieh, Haftung bei Hagelschlag, Pfändung u. s. w.) so anschaulich ein, daß wir Anstand genommen haben, irgend etwas davon auszuscheiden. Kleinere Abweichungen von der heutigen Schreibart, z. B. v statt u oder u statt f wurden beseitigt, Hauptworte und Namen stets mit großem Anfangsbuchstaben versehen, und Interpunktionen beigefügt, wo sie in der Handschrift fehlen. Ebenso hat man sich erlaubt, bei einigen Abschnitten die fehlende Rubrik einzusetzen, oder die schon vorhandene Aufschrift zu verdeutlichen — beides in Kleinschrift. R.

Provintz ze Straßburg, tun kundt allermengklich mit diesem Brieff: Als Irrung gewest ist zwischen den Erwirdigen vnd gaistlichen Frowen, der Abbtissin und Convent des Gotzhus Seflingenn sant Claren Ordens an ainem unnd dem erwirdigen hochgelerten Doctor Jeronimus Wurm, Advocaten zu Costentz, am andern Taile, antreffend die Oberkait, Eehafftin vnd Gerechtigkeit des Dorffs Eckingen, darinn sie mit guettlicher Handlung, auff mein Ansinnen, Bitt unnd Ersuchen gewilligt und vervolgt haben. Wie dann das alles an im selbs ist ꝛc. Das ich mit Rat und Hilff Bruder Johannsen Mathysin myns ordenlichen Gesellen und auch Bruder Enndris Treukirch Bychinger des gemelten Gotzhaus und der fürsichtigen und wysen Jacob Ehingers, Altenburgermaisters zu Ulme und Matheus Lupin des Rats daselbs, der obgenannten Abbtissin und Connuent zu Seflingen Pfleger, unnd Peter Mayr irs Hoffmaisters daselbst beden obgemelten Parthyen zu gut und Frid mit irem guten Willen und Wissen gutlich veraint und vertragen hab uff Maynung, wie hernach volgt, dem ist also.

Zum Ersten wie von allter herkomen ist, das sich die Herrschaften obgemelt aller järlich in der Wochen nach Sannt Jörgen Tag ungeferlich selbs oder durch ir Anwaldt uff ainen Tag, des sie sich mit ainander verainen, zusammen gefuegt, von den Vierern des Dorffs Eckingenn des gemainen Flecken Einnemens und Ausgebens halb, Rechnung genomen unnd Vierer erwöllt haben. Daby soll es nun füro aber von den obgenannten Herrschaften guetlich belyben und fur und fur also gehanndelt werden.

Unnd in sonnder obgemelt Herrschafften oder ir Anwalt von irt wegen zu ewigen Zyten in der Wochen nach Sannt Jörgen Tag, aller jerlich uff den Tag, so sich die Herrschafften mitainander wie hievor underschiden ist, verainen und Vierer zu Eckingen, die aigen Roth *) haben, erwölen in der Mas wie hernachfolgt.

Nemlich Anfangs, so sollen die Herrschafftenn Erstlich uß der Gmaind zu Ecking mit dem Meren **) ain Vierer, der sie der best und nutzest dartzu beduncket, erwölen und so der von in erwölt worden ist, so soll derselb Vierer schwören ain Ayd in der Wyse, als sich gepürt: mitsampt obgemelten Herrschafften unnd Oberkayt-

*) Rath.

**) Mit der Mehrheit.

tenn oder iren Anwalten den andern Vierer, der sie und in der nutzest und best dartzu bedunckt, nyemand zu lieb noch zu laid helffen zu erwelen. Unnd also söllen die erwöllten Vierer mitsampt den Herrschafften oder iren Anwalten uff den Aide wie yetz vnderschiben die übrigen Vierer helffen erwölen, biß sie all erwöllt sind.

Der Vierer Ayd. Und so die Vierer also erwölt werden, so sollen sie schweren gelert Ayd lyplich zu Gott unnd den Hailigen mit uffgehepten Fingern, des Dorff Eckingen gemain Uffseher, Rüger *) unnd Undergenger zu sein, der Herrschafften unnd Oberkaiten **), och des gemainen Flecken Ecking gemainen Nutz und Fromen zu furdern unnd Schaden zu wennden und zu weren; der Gmaind zu Ecking Gut und Gellt mitt Vlys und treulich einzubringen und auszugeben und sollich Gut und Gellt under ir aigen Gellt nit zu mischen, noch an iren aigen Nutz zu geprauchen, Sonnder in ain aigen beschlossen Büchs, darzu geordnet, zu legen und aller järlich den Herrschafften oder iren Anwaldtenn uff den Tag so die Vierer, wie obstet, erwöllt werden sollen, Rechnung zu thun, alles uff recht redlich unnd on alle Geferde.

Der Gemaind Ayd. Unnd nachdem so die Vierer sollichen Ayd geschworen haben, so soll die Gemaynd zu Ecking den Viern herwiderumb och schwören, den Herrschafften und den Viern zu Ecking irs Fürnemens in den obgemelten Sachen gehorsam zu sein treulich und on alle Geferde.

Undergenger. Zum Anndern, nach dem und bißher zu Ecking also herkomen ist, das die erwölten Vierer daselbs zu Ecking auch geschworen Unndergenger gewest syen, daby soll es nu furohin aber belyben und die obgenanten Vierer und Undergenger sin und undergan, wann sy deßhalb umb Undergang oder Verneuerunge der Marcken ersucht und erfordert werden, oder wenn und als offt sie ansehen underzugeen ain Notturfft wesen, es sey innerhalb oder usserhalb dem Etter, zu Dorff, Holtz und Feld; doch aber mit sollichem Underschid also. Welcher obgemelter Herrschafft Hindersäs gegen der andern Herrschafft Hindersessen Underganngs notturftig war vnd sollichen Undergang an die Vierer erfordern und begeren wurd, so sollen die Vierer sollichs an die Herrschafft gegen

*) Ankläger.

**) Feldsteusler, Feldrichter.

der der Undergang erfordert und begert wirt, pringen und, so das also an die selben Herrschaft gebracht wirt, so soll sie mit iren Hindersässen, ob er gleich wol des widersetzig wär, verschaffen und daran sein, das er des Unndergangs gestatte umb das auch ain yede Herrschaft, die der Undergang berürt, selbs by dem Undergang sin oder iren Anwalt dartzu schicken mug; doch ob sie selbs zu dem Undergang nit kemen oder iren Anwalt schickte, so soll nit destminder durch die Vierer der Undergang Fürgang haben unnd geschehen und die Vierer auff den Ayd, den sie deßhalb wie vorsteet geschworen haben, den Undergang vollstrecken, wie sich ob und nach geschribner wyß gepürt, es wer dann das der Herr oder sein Anwalt eehafft Ursach hetten, derhalben sie uff den furgenomen Tag zu dem Undergang nit kommen möchten, so sol der Undergang uff ir Begeren auff ain andern Tag volzogen werden und aber mit dem Unnderschid und also: wenn der Undergang das Gut antreff, darauff ain Vierer gesessen wer, so soll derselb Vierer des Guts halb, daruff er saß und den Underganng berürt, nit helffen unndergeen sonnder darvon tretten und ain anndern Undergenger uß der Gmaind, den der Undergang nit berürte, an des Statt so davon geet, dartzu togenlich und geschickt von den anndern Vierern und Undergengernn genomen werden, der an des Statt, so davon tritt, den Undergang helffen volstrecken wie sich gepürt.

Welcher Hindersessen aber Undergenger und hinder der Herrschafft der Güt und der Unnderganng berurte, gesessen weren und derselben Undergenger Güt, daruff sie sessen, der Undergang nicht angeng, so söllen nit destminder die selben Vierer und Unndergenger von ir Herrschafft wegen, so der Unndergang ir Gut, daruff sie sitzen, nit antrifft, by dem Unndergang belyben unnd den helffen mitsampt den anndern volnstrecken in der Weise wie sich gepürt; doch so soll derselb Undergenger von siner Herrschafft, so den Undergang berürt, in dem selben Undergang siner Pflicht und Aide erlassen werden und och der hiemit yetz, als denn und den als yetz erlassen sin.

Wer es ouch, das die geschwornen Vier unnd Undergenger vndergeen oder in anderm irem Fürnemen irs Ampts halb zerfielen, so söllen sie ain fünfftman uß der Gmaind zu Ecking zu ir berüffen und nemen, der sie dartzu togenlich und gut beduncket und den Sachen, so vor Augen weren, nit verwanndt sy, der selb fünfft-

man sol ouch als denne den vier Geschwornen gehorsam sein und uff den Aide, so er in der Gmaind zu Ecking geschworen hat, sin Folgspruch tun und ain merers helffen machen und billich sein Niemand zu lieb noch zu layd.

Unnd wenn also ain Unndergang volstreckt und mit Marcken uffgezaichnet wirt, so soll ain yeder Taile, den der selb Undergang angetroffen hat, sin Marcken in acht Tagen, den nechsten nach Eroffnung des Unndergangs, setzen und machen, wie die Unndergennger des erkennt hand; dann welcher das nit teett, der soll zu Peen und Straff unabläßlich zu bezalen zehen Schilling Heller verfallen sin. Darauff die Vierer Uffsehen haben, die Peen einbringen unnd das Gellt in des gemainen Flecken Büchs legen sollen.

Schenckstatt. Zum Dritten der Schennckstatt halben, nachdem das ain Eehafftin und obgenanten Herrschafften zu Ecking in gemain ouch zu gehörig ist unnd alle Jar verlihen wirt, so hab ich sy betodingt, das min furo obgemelt Herrschafften unnd ir Nachkomen oder ir Anwellt an ir Statt auff die Zeit, so die Vierer wie obsteet erwölen, die Eehafft in der Schennckstatt ainem, der darumb bitt, mit der Verleyhung gehalten werden soll, wie von Alter herkomen ist und soll der Wirt yeder Herrschafft in sonder von sollicher Schennckstatt uff die vier Tag zu eingender Fasten unverzogenlich reichen und geben ain Pfund Pfeffer oder acht behimsch *) darfür unnd vier Hüner oder für ain Hun siben Pfening, und das soll an den Herrschafften steen, sie mögen nemen den Pfeffer und die Hüner oder das Gellt darfür wie vorsteet.

Hirtenstab. Zum Vierdten des Hirtenstabs halb, nachdem das auch ain Eehafftin ist, so soll sollich Eehafftin und Gerechtigkait des Hirtenstabs in obgemelten Herrschafften zu Ecking und iren Nachkomen zugehoren, unnd soll sollicher Hirtenstab verlihen unnd damit gehalten werden, wie von Alter herkomen ist, und soll yeder Herrschafft insonder von den zwayhundert Ayern, so vom Hirtenstab gefallen, ain Drittail allerjärlich uff die Zeit, als sich das gepurt, geraicht unnd gegeben werden zu glychen Taylen.

Neue Gehäue in den Hölzern. Pfändung. Zum Funfften, als dann die Herrschafftenn unnd ir Armleut und Hindersassen zu Ecking der Gehow halb, so sie in iren Hölltzern machen, bißher in ettwas Irrung gestanden sind rc. Hab ich sie

*) Denarius bohemicus.

deßhalb gütlich mitainander veraint und vertragen dergestalt und also: Was Gehow nu furohin yeder Tayle in sein Holtzern zu Ecking und yedes Tayls Gütter gehorend machend, als dann yedertail zu seiner Notturfft das zu tun Macht und Gewalt haben sol, so söllen dieselben neü Holtz-Gehöw von yeder Herrschafft zu Ecking und den Iren, hinder in sitzennd unnd verwandt, nach gemainem Lannds Gebrauch bis an das vierdt Loub treulich, uffrecht, redlich und one alle Geferd gehailtet werden.

Unnd welcher obgemelten Herrschafft oder ir Hindersässen in iren neu gemachten Holltz-Gehöwen zu Schaden getriben wurd, unnd dieselben zu frischer That daran ergriffen wurden, so mögen sie dieselben, so alsó zu Schaden in denselben Gehowen getrieben und gehandelt hetten, zu frischer Getat gepfenndt werden.

Unnd wann also selliche Pfanndung geschicht, so soll mit denjhen, so zu Schaden in den Gehöwen beschehen ist, sollichs Schadens halb guettlich überkomen werden.

Wa aber das nit beschech, das man dann mit den Pfannden gefaren müg, wie recht ist.

Ob aber ainichem Taile Schaden in seinen Gehowen beschech, so frischer Getat nit ergriffen unnd gepfenndt, sonnder hernach wer den Schaden gethan hett gewar wurd; so mag der Tayle, so also Schaden in sein Gehowen beschehen, wer diejhen, durch die oder ir Vihe sollicher Schad beschehen und getan war, umb Abtrag des Schadens ersuchen, sich mit ihm guettlich zu vertragen, geschech das wol und gut. Wo aber das nit beschech, so mag der, dem Schad beschehen ist, denjhen, so Schaden gethan hat, mit Recht fürnemen unnd geschehen lassen so vil und recht ist.

Hierumb und des alles zu warem und offenn Urkund, so hab ich obgenanter Bruder Bartholomeus Wyer, Provincial, mein aigen Insigel, des ich mich myns Provincials Ampt deßhalb gebrauch, von der zwayer Herrschafften obgemelt flyssiger Bette wegen zu mer Gezeugknus und Gedechtnus aller obgeschriben Sachen doch mir selbs und meinem Orden one Schaden offenlich gehennckt an disen Brieff.

Unnd dieweyl wir obgenannten Abbtissin und Convent zu Seffling und Doctor Jeronimus Wurm der obgemelten Vertrag und Einigung bekennen, und das auch unser Wille ist, so haben wir zu baider Syt unnser Abbtissin und Conuents zu Sefflingen Insigelle unnd ich Doctor Wurm mein eigen Insigel och offenlich gehennckt an

disen Brieff und dartzu die obgenanten Jacob Ehinger und Matheus Lupin gebetten, das sie zu merer Gezeugknus dirre Sach ire Insigel, doch in und iren Erben one Schaden, ouch offenlich an diesen Brieff, dero zwen in glycher Laut gemacht sin, gehennckt haben unnd yeder Tail ain wie obsteet versigellt zu seinen Hannden genomen hat. Der geben ist vff Dornstag vor dem Sonntag Reminiscere in der vasten. Nach Cristi gepurt funfftzehen hundert vnnd im dritten Jaren.

Wie die Hailigen Pfleger der Kirchen zu Eckingen gewölt werden. (1509)

Die Gemaind zu Eckingen wölet der Hayligen Pfleger dry vnd ist der Vicari zu Harthusen oder sein Helffer by der Wal, vnd der Pfarrer sitzt by der Wal allein. Doch wenn ainer erwöllt wird, so sitzt derselb ouch by der Wal vnd lassen gewonlich ain alten Pfleger darby, der ouch by der Wal sitzt.

Vnnd so man des Hailigen Gut rechnen will, so niempt der Vicari die Rechnung ein mitsampt der Gemaind zu Eckingen.

Zu wissen die wyl Hanns Besserer von ains Rats wegen zu Ulme Pfleger gewesenn zu Seflingen, ist ain Newerung mit der Wal der Hailigen Pfleger angefangen worden. Das hat Conrat von Stadion vnd Hans Wurm, als die da yeder den Drittail an der Eehafftin zu Eckingen hat, nit lyden wöllen vnnd hat die Gestalt gehapt, das im XV hundert vnd VIIII Jar nach Lichtmes sich begeben, das derselb Hans Besserer vnd der Hoffmaister Peter Mayr fürgenomen vnd die Gepurschafft zu Ecking gen Seflingen berüfft haben vor der Abbtissin von des Meßner Ampts wegen Rechnung zuthun, das wider allt Herkomen, wie hienor geschriben gewest ist, das haben die Vierer zu Ecking an die obgenanten den von Stadion vnnd Hansen Wurm bracht. Da das der Wurm verstanden, das sollichs die Eehäfftin berürt, hat er dem Hofmaister geschrieben, damitt still zu stan. Hat sich der Hoffmaister mercken lassen, das die Abbtissin gesagt hab, das sy ain gaistlich Sach vnd sie werd mit der Rechnung für sich faren. Hanns Wurm hat och deßhalb dem von Stadion geschrieben; nicht destminder haben der Besserer und Hofmaister die armen Leut von Ecking gen Seflingen berіefft vnd so vil mit inn geredt, das sie all, ußgenomen Lienhart Weber, gewilliget haben, irem Fürnemen anzuhangen, dann ob sie das nit tetten, dannoch müst ir Will für sich gan. Darnach bin ich durch

den von Stadion bericht, der vff dem Rechnungstag gewesen ist, das die Rechnung nit zu Seflingen sondern zu Ecking beschehen sey, der hat Hansen Wurm geschrieben: das er kain ander Mainung von dem Besserer vnd Hoffmaister verstandenn hab, dann das die Abtissin den von Stadion vnd Hannsen Wurm wol by der Rechnung lyden mögen. Hanns Wurm ist aber nit zu der Rechnung beruefft worden vnd hat der von Stadion Hannsen Wurm och geschrieben: er wöll ir baider Gerechtigkeit trewlichen helffen hanndthaben vnd hat sich darbey och mercken lassen, es sy ir beder halb noch nichtz versaumpt mit der Rechnung; so ist Hanns Wurm durch sein Sun Doctor Jeroniumben Wurm bericht: es wer gnug gesin, wann nur allain der Vicari zu Harthusen bey der Rechnung gewesen wer. Mit der Handlung ist gewenndt worden der Abbtisissin neu Fürnemen.

Von der Messe wegen zu Eckingenn.

Nachdem kain gestiffte Meß zu Ecking im Dorff gewest und schlechtlich da mit dem Gotzdienst zugangen ist, das Juncker Hans unnd Annder *) von Werdnaw bedach vnnd mitsampt der Gmaind den Pfarrer oder Vicari, Nemlich Her Hannsen Henßmar gen Costenntz fürgenomen haben, darinn angesehen, das ain yeder Mayer zu Eckingen dem Vicari zu Harthusen, der sie mit dem Gotzdienst fursehen, ain ymi Vesen vnd ain Soldner ain Viertail Vesen geben sollt, das sich sumiert acht Ymi Fesen, das er inen all Wochen zu Eckingen ain Meß haben solt; da das also nit geschehen ist, er darumb furgenomen vnd zu Costenntz getedingt worden, das derselb Vicari zu Eckingen den Armenleuten alle Wochen ain Meß habenn soll, vnnd wann ain Feyrtag in der Wochen wer, so sollt er zwu Messen haben, vnd sollt das Leyt Koren die obgemelten acht Ymi Fesen ab sein; das widerredt aber Her Hans Henßmar, denn so vil ir möchten mir so vil tun ich thät ouch dester mer. Aber sydher der obgemelten Teding haben die Armenleut die acht Ymi Fesen nit geben; nit destminder ist ain yeder Vicari zu Harthusen schuldig die Messen zu halten wie obstet.

Wie man das Meßner Ampt verlyhenn soll.

Das Meßner Ampt zu verlyhen ist also herkomen: das die Gmaind zu Eckingen das Meßner Ampt hinlycht zu Wyhennechten,

*) Andreas.

es sey auch ains yeden Meßners Zil zu Wyhennechten. So die Zeyt erschein, so samle er die Gmaynd zusamen und verlyhen das Meßner Ampt.

Was man ainem Meßner zu Lon gyt.

Hernach folgt was man einem Meßner zu Lon gyt. Nemlich gibt im ain yeder Paur dry winterig Garben und zu Wyhennechten ain layb, unnd zu Sannt Urgen Tag *) auch ain Layb.

So hat vormals ain yeder Pur dem Mesner ain Fart gethan, die wollen sie aber nit mer thun.

Deßgleichen hat ain yeder Soldner dem Meßner ain winterig Garb unnd zwen Leyt Layb geben.

So wöllen aber die Puren nit mer faren und auch die Garben nit mer gebenn, so findt man dannocht Meßner, die das faren und die Layb lassen abgan unnd es nit nemen.

Des Hirten Lon.

Hernach volgt, was man den Hirten zu Lon gyt: Die Pauren die geben den Hirten zu Ostern und Pfingstenn ainer Mel, ainer Ayer, unnd ainer das, der annder jhens, aber gewonlich geb man drew Ayer by anderm, oder die obern Pauren Gellt darfur.

Von dem Freffel zu Eckingen. (1512)

Item Hernit **) ist gefragt worden, so man zu Eckingen fräffle unnd kain Gericht allda seye, wie man es gehalten hab; Darauff hat er gesagt: er wiß nit anderst davon zu sagen, dann so vil, das ain yede Herrschafft zu Eckingen uff sinem Gut zu biesen hab.

Und volgt hernach, wie es sich auff ain Zeit ains Freffels halb begeben und durch Hansen Besserer ain Vertrag deßhalben gemacht ist. Und in dem XV hundert und XI Jar hat sich begeben, das Lienhart Cramer oder Weber zu Eckingen hab vor sannt Jacobs Tag ain Hochzyt gehabt, da hab sich an dem Tantz ain Uffrur er-

*) Jergen, Georgii (23. April).

**) Kontz (Konrad) Hertnit, Vierer in Eckingen, später genannt unter der Aufschrift: Wie es mit den zweyen Höllzer u. s. w. Ebenso bei der Ordnung über die Wegbereitung v. 1505., bei dem Streit über den „Haymen" (Faselvieh) 1514, bei Haftung für Hagelschaden u. s. w.

hapt und begeben, das ettlich von Grimelfingen ain Uffrur mit Hansen Stenglin dem Elltern, auch sinem Bruder, Hansen von Grimelfingen und Jäcklin Höltzlin, Hannsen Eberharten zu Schafftlachingen Tochterman angefangen und in sollicher Uffrur sey Hanns Betz, als ain Vierer zu Eckingen, hinzugeloffen und frid wollen machen und nemen; in solchem sey er wund geschlagen worden, und darnach im XV hundert und XII. Jar sind die Thetter von der Abbtissin zu Seflingen für das Gericht zu Seflingen gebotten worden, und sie umb den Frävel furgenomen; da haben sich die Tetter und Anntwurter des beholffen und furgewendt: es sy nit uff dem Iren beschehen, sonnder auff ainer fryen Gassen, da nie nyemant gestrafft worden sy. So haben och annder Herrschafften ouch Gerechtigkait an der Eehafftin zu Eckingen. Do habenn die Richter zu Sefflingen auff ainen Ratschlag, zu Ulm ußgangen, erkennt: den Anntwurtern ain Fräffel, wie der an dem Gericht zu Seflingen gemessiget werd, nemlich yeden umb fünff Pfund Heller. Des hat die Abbtissin die Antwurter in Glubdt genomen, den Fräffel in ainer bestimpten Zeyt zu bezalen; die Antwurter haben sich mercken lassen, es seyen noch zwo Herrschafften zu Eckingen, ob sie des angelangt würden, sie deshalben zu vertretten; ist ihnen geantwurt: sie versehen sich nit, das sie darumb von yemand angelangt werden, und haben darauff den Freffel bezalt. Die Sach hat Conrat von Stadion unnd Hans Wurm angefochtenn gegen die Abbtissin zu Sefflingen, das sie sollichs allain nit zu thun hab, diewyl sie des kain Fryhait noch Prescription noch Gewör hab. Sollichs Handels halb hat sie Hanns Besserer mitainander gütlich veraint und vertragen, also:

Das furohin die dry Herrschafftenn zu Eckingen mit ainander straffen söllenn, die uff der Gmaind, im Dorff oder uff dem Veld im Zehenden geschehen.

Wa aber auff ains Herren Gut gefreffelt würd, derselb Herr hab und solle denselben Freffel zu straffen.

Unnd soll der Abbtissin der Freffel, darumb sy gestrafft hat, belyben, ußgenomen nachdem die zwo Herrschafften in der Anfechtung wider die Abbtissin den Notarien Gelt, das ist gewesen zwen Guldin, umb Instrument ußgeben haben, dasselbig Gellt sölle die Abbtissin von dem yngenommen Freffel Gellt bezalen soll, als auch beschehen ist.

Und ee die Sach gericht und vertragen worden ist, hat die Abbtissin Steffen Betzen ouch umb ain grossen Freffel anzogen, das er in der Uffrur under das Volk geschossen hab; dargegen hat er sich beholffen: es syen ander Herrschafften ouch zu Eckingen, die dann Gerechtigkait an der Eehafftin habenn. Darauff ist Hans Betz in Fangknus genomen und uff ain Urfechdt wider ußgelauffen: wann er wider zum Rechten ermant, das er sich stellen wöll; mit dem sind die Gepawren zu Eckingen umb Freffel in das Recht zogen: wo das uff der Gmaind unnd im Zehenden beschehe, das sie durch die dry Herrschafften zu Eckingen gestrafft werden sollen.

Von dem Eschhayenn Ampt.

Das Eschhayenn Ampt verleychet man gewonlichem zu dem Meßner Ampt von des gemainen Nutz wegen zu Eckingen, darauff er ouch und ain yeder schweren soll ainen Aid wie hernachvolgt.

Wie es mit den zwayen Hölltzlen das ain das Brendlin und das der Kalckofen genant, die der Gmaind zugeordnet sein, gehallten werden soll.

(Vertrag wegen der Gemeinderechte, 1509. *)

Item es ist ain Verainigung sollicher Höltzr halben geschehen. Also das man die gemelten zway Hölltzer solle hayen nach gemainem Lanndsbrauch, und nit one der dryer Herrschafften Willen und Wissen usgetayllt werden, sonnder so soll das auff der dryer Herrschafften oder irer Amptleut Vergonnen und Wissen stan.

Wie wol dem nit gelebt ist worden, sonder haben die Vierer hinder der Herrschafften das Holltz, genant Brenndlin, angriffen und one der Herrschaften Wissen und Willen abhawen und ußtaylen lassen, das nach Lut des Vertrags nit sein sollt. Und nach aber Hanns Wurm ain Drittail an der Eehäfftin zu Eckingen hat; deßhalben sein Mainung geweßt, man sollte yeder Herrschafft ain Drittail des Holtz geben, die das nach irem Gefallen ußtailen und hingeben mochten. Aber die Vierer haben sollich Holtz utzgetailt uff Afftermontag vor Sannt Jorgen Tag Anno ꝛc. im XV hundert

*) Vgl. weiter unten: »der von Eckingen Gemainden« S. 152.

und neundten Jar und volgen hernach die Tayl, die von dem Holtzlin worden seind. Und ist angefangen an Martin Myer. Darnach Bartlome Stydlin. Conlin Braytinger. Michel Buchmiller. Utz Schrem. Zwicker. Countzen Hertnitz Söld. Utz Dicknetter, Wirt. Wurms Hoff. Hanns Mack. Michel Boppelin. Hannsen Payr. Hansen Braytinger. Hansen Braytinger, Roggenburger genant. Hans Aeder, Miller. Hannsen Braitinger, Jung. Rudolff Kun. Lipp, Schnider. Lienhart Cramer. Jörg Hum. Pfefferlin. Greth Haydinn. Hanns Betz. Jörg Gugelberger. Jörg Schnider. Jacklin Hayden. Summa XXVI Tail.

Unnd wiewol Pfefferlin vormals und ouch yetz Tail geben worden sind, ist aber damals mit gemeltem Pfefferlin geredt wordenn, das man im hinfuro kain Tail mer geben werd, er pring dann fur: das er des Recht hab, das man im Tail von der Gemaynd Holltz geben soll.

Es ist zu wissen, das die teutschen Herren zu Ulm zway Gütlin zu Eckingen, darauß sie aber viere gemacht haben. Deßhalben man inen nit mer dann zwen Tail geben soll. Darumb unnd diewyl Pfefferlins Gütlin dero ains, unnd des Lennders Gütlin ouch ains ist, so soll man inen kain Tail geben, darumb man Pfefferlins Gütlin kainen Tail zu geben schuldig ist. Es ist zu wissen, das man dem Closter unnd Gotzhus zu Seflingen vergonnt hat ain Heußlin Steffan Betzen zu bauen, dasselb aber kain Gerechtigkait an der Gemaind haben, Tail oder anders zu nennen als den anndern Hoffraitinen, und soll das bemelt Heußlin on der Gemaind Schaden gehalten werden.

So ist den hernach geschriben kain Tayl von irer Heuser wegen geben worden, und sagen, das man inen nit Tail von irer Huser wegen zu geben schuldig sey, als namlich: Caspar Lennder unnd Steffan Betzen, der in dem obgemelten des Gotzhus Seflingen neu gebauten Hüßlin sitzt, und ime von Bitt wegen der Frowen zu Seflingen dorinnen zu wonen zugelassen. Ouch denen, die in des Hayden Heußlin und ouch in Boppelins Hußlin wonen.

Item es sind funffhundert Wellen am Tailen uberbliben, die sind vertruncken worden.

So ist ainem yegklichen worden, er sey ain Mayer oder ainer, der ain Lehen oder Söld besitzt, zu seinem Tail worden vier hundert Wellen.

Das Hayloch betreffend, seind Aecker.

(Allmanden im Eigenthum der Herrschaft, an Einzelne verliehen, aber der Gemeinde gültpflichtig, 1512.)

Als dann die dry Herrschafften zu Eckingen vor Jaren ain Gmaind zu Eckingen under dem Brüel zwischen Eckingen und Yesingen ligen haben, das Hayloch genannt, die ettlichen Pauren zu Eckingen zu Aecker zu machen vergonndt ist, also so die Aecker mit Früchten steen, das dieselben Aecker umb ain Güllt gelihen sein, die selbigen Frucht und Güllt der Paurschafft zu Eckingen als ain gemains Gut zu nutz und gut komen soll. Solliche Lehenschafft der Aecker die Pauren unnderainander, onn der Herrschafften Willen und Wissen, hingelihen haben und damit hinder den bemelten Herrschafften umbgangen sind, ist deßhalben geredt unnd gemacht worden: Welhe Person furohin mit Tod abgeet oder davon steet, das dann die Lehenschafft der gemelten Aecker one Wissen der dryen Herrschafften oder irer Anwalten nit hingelihen werden sollen, sonder das sollichs durch die selben Herrschafften oder irer Amptleut von irentwegen beschehenn unnd hingelihen werden söllen. Auch die, so die Aecker innhaben, sollen umb ir Güllt Trestung und Verschrybung thun die zu bezalen, nach Laut ains Brieffs, als sich die dry Herrschafften mit ainander vertragen haben auff Dornstag nach Sannt Jacobs Tag Anno der minder Jarzal im zwölfften Jar.

Wie man in dem Prüel wässeren soll. (1514.)

Wie die Pauren so im Prüel Meder hond, wässeren, das Wasser außtaylen und wann sie sollichs thun sollen.

Es ist ain Span gewesen zwischen Conrats von Stadion Hindersässen, namlich Michel Marchtaler, genannt Boppelin, und Hansen Payer an ainem und den andern Pauren, so auch Wismeder von iren Herren hond im Prüel gelegen, also das sich die ab den obgenannten zwayen des von Stadion Hindersässen beclagt, das sie zu Sant Jorgen Tag angefangen und das Wasser erstlich uff ire Meder gelayt und acht Tag vor anndern Medern gewässert haben und das Wasser genossen, das dann nit sein, sonnder dasselbig gleich außgetailt werden sollt. Deßhalben die Vierer, nemlich Rudolff Con, Phillip Stocklin Schnider, Ulrich Dickneter unnd Eberlin Con uff Montag von Sannt Margrethen Tag Anno ꝛc. im XV hundert und XIIII. Jar ain erkanntnus darumb gethan haben.

Nemlichen also: So die, die Wißem im Prüel haben unnd die wässeren wöllen, das man dann auff Sannt Jörgen Tag anfahen und das Wasser, das im Prüel louffet, das louffen louffen und das Wasser außtaylen sollenn, das sie das vier Tag unnd vier Necht bruchen mögen. Darnach söllen sie das Wasser lassen umbgan, das ainem yeden so vil Wassers werde, als den anndern unnd im zugepürt, vnnd söllent furo im Höwet das Wasser och taylen, sie bruchen das oder nit. Damit ain yeder das Wasser gleych niessen mög, wann die Zeth an im ist.

Von dem Wismad, das Himelsried genannt.

(Im Brachjahr hat die Gemeinde den Nutzen, 1486. 1513.)

Das Himelsried ist ain Wißmad, ligt am dritten Jar im Brach, und so es nit in Brach ligt, so steet es zu Michel Studlin, Jäcklin Dicknöttern und anndern.

Unnd so es an Brach ligt, so stett es der Gemaind zu Eckingen, unnd so es also an Prach gelegen ist, so ist es geetzt *) worden. Aber im XIIII hundert und LXXXVI. Jar ist es nit geetzt worden, sonnder ist der Gemaynd Maynung geweßt, man sollte das Gemäet und das Höw verkoufft haben, unnd wollt die Gemaind das Höw umb XX tt Hlr. angenomen haben, oder den Innhabern der Meder umb XXIII tt Heller gelassen haben, das sie aber nit thun wöllen, und ain grosse Irrung darinn gewest und das Graß lang gestannden bis zu letst das Wißmad den Innhabern der Wise geben worden ist umbe XIIII tt Hlr. unnd hat die Gmaind das Gellt mit ainander getailt. Darnach im XV hundert und XIII. Jar ist ain Vertrag umb das bemelt Mad, das Himelsried, geschehen, unnd des Brieff vor Augen die Abbtissin zu Seflingen ain Brieff, auch die Gmaind zu Eckingen ain Brieff, und ist sollicher Vertrag geschehen auff Gutemtag vor Bartholomei des obgenannten Jars.

Unnd umb das Mad, das Jecklin Haiden in sin Hoff von des Gotzhaus zu Sefflingen wegen innhat und den Herrschafften Conrat von Stadion und Hanns Wurm und der Gemaind zu Eckingen in der Gestallt, diewyl Jacklin Haiden das gemelt Mad Himelsried innhat und nüßet, das er unnd all sein Nachkomen, die

*) Etten oder fretten d. i. abfressen, abwaiden durch das Vieh.

den Hoff innhaben und niessen, und es die zway jar nit an Brach ligt, das dann der bestimpt Hayden und seine Nachkomen, von des Hofs wegen, dasselbig Wißmad niessen mag nach siner Notturfft von sant Waltpurgen Tag biß zu Sannt Jacobstag ungevarlich, ungehindert daran von denen von Eckingen. So aber dasselb Mad an Brach ligt, so mag er das niessen von sannt Waltpurgentag ouch bis zu sannt Jacobstag in obgeschribner Maß; doch sol Haiden oder seine Nachkomen dasselb Jar der Gemaind zu Eckingen geben uff Sannt Martinstag Siben Pfund Haller. Hayden soll ouch das Wässeren uff dem bestimpten Mad Himelsried nit annderst brauchen, dann so die von Eckingen, so die obern Wisen im Prüel haben unnd seine Anstösser des Wißmads sein, vor gebraucht haben ungevarlich.

Wie vil Ruten zu Eckingen ain Juchart sey unnd wie lanng die Rut sein solle.

Item zu wissen das zwaintz Rutten nach der Lenngin und sechs Ruten nach der Braitin ain Juchart zu Eckingen ist.

Unnd soll die Rut XIIII Schuch lanng sein und also ist ain Juchart Ackers zu Eckingen nach der Lengin II hundert und LXX (LXXX) Schuch ain Juchart Ackers.

So ist ain Juchart Holltz an der Lenngi und Braytin, wie die Acker-Jucharten.

Unnd das Meß der Ruten ist auff der Staingrub zwischen zwayen Stainen gegen ainannder gesetzt. Es ist ouch an dem Haus des Wurmb, darinn Haintz Marchthaler gesessen gewest ist, ouch verzaichnet.

Den Rißberg antreffend.

(Tratt- oder Waiderecht, 1439.)

Auch ist zu wissen das die Abbtissin zu Seflingen uberanntwurt hat ain Copy ains Urtailbrieffs, die sollich Mainung innhallt, das Burckhart von Werdnow als Clager an ainem und des Gotzhaus zu Seflingen Pfleger, namlich Conratt Bitterlin als Pflegar und Lienhart Schwartz, Hofmeister zu Seflingen, von ir unnd der von Egkingen wegen am anndern Tayle zu Ulme vor dem Stattgericht mit ainannder gerechtet haben, antreffend die Tratt zu Eckingen, die uff den Rißberg gieng. In sollichem Rechten habe

sich begeben, das baiden Tailen Kuntschafft zu laisten erkant sey worden.

Unnd alßdann darnach mit Recht erkennt sy worden: Möchten die von Eckingen, unnd wer mit inen in Recht gestanden were, schweren Ayd, das in die besser Kuntschafft zugesagt hette, und das sie bißher allweg uff den Rißberg getriben und das von Rechts wegenn gethon hetten, das sie des billich geniessen unnd das der von Werdnow sin Wisen unnd Acker zu Rißberg gelegen wol bauen und niessen möchten, als annder sein Nachpauren, die by und umb den Rißberg ligen honnd, ungehindert von den von Eckingen oder wer mit Burckharten von Werdnow in Recht gestannden, wer von der Tratt wegen unnd das dieselben von Eckingen, wenn kain Blum uff den Aeckern und Wisen stiende unnd darab kain ir Vich darauff tryben und schlahenn möchten und sollten, und diewyl der Plum darauff stiende nicht. Die von Eckingen haben ir Kuntschafft mit iren Aiden bestät, wie oben geschriben ist. Des Urtailbrieffs Datum stet uff Zinstag vor sant Martinstag nach der Gepurt Cristi viertzehennhundert und im neun und dreissigisten Jare.

Warumb die von Eckingen gen Erbach dienen.
(Dienst statt Zolls.)

Darumb so dienen die von Eckingen gen Erbach. Unnd man gebiette inen nit zu dienen, wann sie dem Vogt zu Erbach ain Dienst oder zwen thun, so man ettwas an der Pruck zu Erbach machen wöll. Das mögen sie thun und darumb das sie ir Höw ettwan uber die selben Prucken füren; sie müssten sunst Zoll darvon geben. Darum dienen sie und sunst uß kainer andern Ursach.

Ain Ordnung zu dem Werck zu berayten (Hanfdörre) zu Eckingen, im XV hundert und V. Jar furgenomen (1505).

Sollich Ordnung zu dem Werck zuberaiten ist furgenomen im XV hundert und V. Jar. Und sind zu derselben Zeit Vierer gewest Conntz Hertnit, Steffan Betz, Jecklin Hayden, Rudolff Con; Hayden aber nit anhaim gewest.

Uff die Zeit sind erschinen zu Eckingen Peter Mayer, Hofmaister zu Sefflingen und der Frowen zu Seflingen Zinßmaister, Conraten von Stadion Amptman und ich Hans Wurm zu Eckingen

gewest; hat der Hofmaister zu Seflingen mit mir angefangen zu reden: er hab von seiner Frowen wegen Bevelch, nachdem das Werck heuer wol geraten sey, mit Ordnung darein zu sehen, das deß halben nit Schad geschehe; das hat mir wol gefallen und haben wir dry die obgemelten Vierer beschickt unnd mit inen geredtt; haben sie unns bericht, das sie weder vernd noch heuer kain Verbott des Wercks halb furgenomen und haben uns darby bericht, was bißher ir Ordnung des Wercks halben gewesen sey.

Also man habe bißher das Werck zu Eckingen in den Oeffen gedörrt, auch inn die Stuben gelegt, doch das sollich Werck ainer Ellen lanng vom Ofen lig; welcher das nit thet und sollichs uberfür, sollte fünff Schiling Heller zu Straff geben.

Da haben wir gesagt: das sey ain gute Ordnung, und uns darauff gebetten, inen in sollichem auch zu raten; das haben wir getan und inen dis nachgeschribenn Ordnung gemacht und gegeben, nemlich

Das die Vierer zu Eckingen zu hallten verkunden sollen, das ain yeder sein Werck wol in ainem Ofen dörrenn mag, unnd das zu ainem Ave Maria Leyttens Zeit am Morgen anfahen unnd das thun bis zu Ave Maria Leytens Zeyt bis Nacht, unnd das auff die Zeit herauß nemen. Unnd am Morgen zu Ave Maria Leytens Zyt bis wider zu Ave María Lytens ze Aubend brechen mag.

Unnd soll kain annder Werck in den Ofen legen bis das brechet werd. So auch das Werck herauß genomen wirt, so soll das in kain Stuben gelegt werden, sonnder auff ainen Tennen oder an ain solliche Statt, das von dem Werck nit Schad beschehe.

Unnd sollen die Vierer das verbietten, by Straff funff Schilling Heller, welher solichs uberfier zu geben schuldig sein.

Unnd sollen ouch die Vierer des Nachts, ouch des Tags umbgan und besichtigen, das sollich Verbott gehallten werde.

Welcher auch straffbar wirt, an den selben sollen sie die Buß erfordern, und welcher sie nit geben wöllt, so sollen sie sich mitt nyemands darumb ynlegen sonder das den Herrschafften sagen; dieselben sollen sie by sollichem Fürnemen hanndthaben.

So haben auch die obgemelten Vierer darzu verbotten, das ye ainer den annderun, wa sollich verpott uberfaren und nit gehallten wurd, umb die obbestimpten Straff riegen soll.

Wie man zu Eckingen Zehennden gybt.

Der allt Edel selig hat gesagt, das man im Prüel Zehenden geb. Aber sunst von kainen Wißmadern hab er Zehenden geben; denn er habe dem Gotzhaus zu Seflingen alle jar ain halb Ymi Habers für den Zehennden geben, das hab man den Zehenndhaber genennt.

So hat Her Hanns Heßmer selig ettwan Vicari zu Harthusen, mich Hannsen Wurm zu Costenntz furgenomen, ime Obszehenden ausser meinen Gärtten zu geben; ouch den Viehzehennden.

Deßgleichen hat er Jörgen von Werdnow seligen Wittwen ouch furgenomen zu Costenntz umb den Obszehenden, den haben aber wir ime nit geben wollen, usser der Ursach, das ain yeglicher Gart ain Pfening fur den Obszehennden gibt; hat er aber dargegen gesagt: es sey ain Lyb-Pfening und haben darumb mit ime zu Costentz unnd danach uff Verwilligen beder Parthyen vor dem hochgelerten Doctor Hainrichenn Nythart, Pfarrer zu Ulme gerechtet, so veer das wir im kain Zehennden zu geben schuldig seyen, wie er dann den an uns ervordert hat: Deßhalben sind Urtelbrief vor Ougenn und in Hannsen Wurms Gewallt, die ich hab helffen lößen uff Zusagen der Paurschafft, die dann sollichs berürt.

Ouch so hat Her Hanns Heßmer mich Hansen Wurm furgenomen gen Costentz, umb den Zehenden am Rötenbach by Insingen gelegen. Ich hab aber mit Recht behalten das ich im kain zu geben schuldig bin; hab Brieff darumb, das sollich Mad zehenndfry ist.

Der von Eckingen Gemainden.

(Allmainden. Gemeinderechte. Gemeindeäcker 1497. 1512.)

Zu Eckingen sind Gemainden, namlichen ain Holltzlin, das Brenndlin, ligt gen Ringingen wertz und ist by vier Jucharten, sind vast Stöck und Blöck darinn.

Und sollich Holtz ist abgehowen worden auff den Uffarttag im LXXXXVII. Jar onn Wissen der Herrschafften, wie dann sollich hievor an dem XIIII. Blat geschriben stat.

Die Gemaind hat noch ain Holltzlin hayst der Kalkofen, das ist by zwayen Jucharten.

Das Holltz genannt das Hayloch vnder dem Pruel der Wise, die gen Eckingen gehort, und Yesingen dem Dorff, das Holltz ist zu Acker gemachet unnd ist by zehen Jucharten. Die Aecker sind nit zu tailen, sonnder ainer Gemaind zu Eckingen ligen zu lassen. Und wie wol die tutschen Herren zu Ulm anefanngs nun zway Gütlin zu Eckingen, die sie darnach gewyttert *) haben, und haben doch an der Gemaind kain Gerechtigkait. Sollt man aber die Aecker wollen ertailen **), würden sie versuchen, sich ouch darein zu flechtenn, das sie vermainen wollten, Gerechtigkeit an sollichen Aeckern zu haben.

Unnd die Aecker sind den hernachbestimpten Personen gelihen worden, nemlich dem allten Stephan Betzen, Utzen Hayden, Jorgen Bauman, dem allten Bauman, Hannsen Braitinger, dem jungen Utzen Stüdlin, Jacklin Dicknöttern, dem Frytag, dem jungen Hasen und Rudolff Conen vmb ain Güllte, so die gemelter Aecker mit Fruchten steen, alle Jar umb dreu Ymi Korns davon zu geben verlihen worden. Unnd so ainer von dem Lehen tod ist, so haben die Pauren hinder den Herrschafften darumb gelößt, unnd seyen ouch die Gülten davon ye zu Zeyten unordenlich der Gmaind bezallt und zu Zeiten darauß böß Schulden worden. Deßhalben die Herrschafften, mit der Gmaind Willen, derselben Gmaind zu gutem ainen Vertrag mitainander gemacht haben des Inhallt: Wann und als offt hinfuro die gemelten im Hayloch samentlich oder sonnderlich ledig werden, das dann darumb das Loß allwegen geworffen werden sol, wie von Allter her; doch das kainer denn der, so vormals die Aecker nit hab, darumb werffen und ouch also, das der selbig vor dem werffen gloublich zusagen unnd versprechen soll: ob im anicher Acker zufallen wurd, das er dann allwegen und zu yeder Zyt den Vierern zu Eckingen schrifftliche Vertrostung, daran sie wol habend seyen, thun soll, die gewonlichen Güllt von den selben Aeckern sein lebenlang one Abgang zu richten und zu bezalen unnd damit sich uff nyemand annders verziehen solle. Sollichs habeun die Herrschafften Brieff, deßgleichen die Gmaind zu Eckingen auch. Das

---

*) geweitert, erweitert.

**) vertheilen.

ist beschehen uff Dornstag nach Sannt Jacobstag nach Cristi unnsers lieben Herren Gepurdt funfftzehenhundert unnd im zwölfften Jare.

Wer den Haymen *) zu dem Vich halten und haben solle.

(Streit über Haltung des Faselviehs 1514.)

Es ist zu wissenn, als man die Rechnung zu Eckingen gethan hat in dem funffzehenhundertsten unnd viertzehenden Jar, seyn by derselben Rechnung von der Gmaind wegen zu Eckingen an die dry Herrschafften gebracht worden von wegen der Haymen, das man sy by alltem Herkomen belybenn lassen söll; Was man dann dargegen tun soll, das wöllen unnd werd man auch tun. Darauff sind gefragt worden, was dasselbig sey. Darauff haben sie geanntwurt, das der Hof, der dem Gotzhaus zu Seflingen zugehör, darauff dann Hans Betz sitz unnd Hannsen Wurms Hof, daruff This **) Manntz sitz, dieselben sollen ainen Haymen hallten. So sollen die Höffe, die dem von Stadion zugehören, darauff dann Boppelin unnd Hanns Payer sitzen, dieselben sollten ain Rauen ***) unnd ain Eber hallten. Darauff ist inen geanntwurt: se haben davon kain Wissen, wa sie aber das durch Brieff oder Leute furbringen, das zu gloubsam gnugsam sey, das wöllenn sie hören und darnach erbere Anntwurt darauff geben. Da vermainten die von Eckingen, man sollte ettlich darumb auß der Gemaind hören, das aber die Herrschafften nit thun, uß der Ursach, dann sie weren sicher in dem Hanndel unnd der Sach. Unnd ist uff dits mal wyters nit gegehanndelt worden.

So hatt aber Herttnit, wie die Hierttenn sollten Haymen zu dem Vich hallten, gesagt:

Da sag die Gmaind, sie sollten Haymen haben, sie haben aber die nit. So das an die obgemelten dry Gepauren lanng, so habenn sie gesagt: hetten sie wissen, das sie die halten sollten, so wollten sie die haben, so verre das man inen ain Gellt darauff satzte, darumb sie die haben möchten.

Es erlut auch, das man ainen Haymen ausserhalb Eckingen umb XVI behimsch haben möcht.

---

*) Hag oder Farre, Zuchtstier s. Schmid, schwäb. Wörterbuch v. Hag.

**) Matthis, Mathias?

***) Raun, Hengst. Schmid a. a. O. v. Raun.

Wenn ain Paur ain Gut umb ain Güllt bestat und der Hagel schlecht.

(Haftung bei Hagelschlag.)

Darauff hat Hertnit gesagt: wann ain Paur ain Gut umb ain Güllt bestand unnd so der Hagel schlage, sey er nicht dester-minder dem Herrn von sollichem Gut die Güllt zu geben schuldig.

Wann ain Paur ain gut umb den Drittail bauet.

(Hagelschlag.)

Wann aber ain Paur ain Gut von ainem Herren bestiende unnd umb den Drittail baute, schliege dann der Hagel, so gienge es den Herren glych als wol als den Pauren an.

Wann ain Paur von sinem Hof stirbt, was der Abzug sy.

(Nachschnitt. Zubehör.)

Darauff Herrtnit gesagt, dem seye also: Wann ain Paur von sinem Hofe vor den vier Tagen *) sterbe, so habe der Herr den Nachschnitt. Sterbe er aber nach den vier Tagen, so zieth man gewonlich ab unnd geb der Nachschnitt die Güllt. Unnd solle als dann hinder ime lassen Strow, Schwinaß unnd Mist, unnd sol sunst erberglich **) außziehen; unnd werden Rosen noch Baren ***) mit im nemen, sonnder was Wid und Nagel hept, das soll er blyben lassen.

Wer Michel Studlins Hurd †) machen solle.

Darauff hat Herttnit gesagt, als er darum gefragt ist worden: Michel Studlin hab dieselben allwegen gemacht unnd welcher auff sollichem Gut sitz, der sey schuldig, die selbigen Hurd zu machen.

---

*) Vgl. Schwabenspiegel, Landrecht (Laßberg) §. 217 u. 218. Hiernach hat der Herr dem Baumann zu Lichtmes zu kündigen. Sollte nicht oben auch die Zeit vor dem 2. Febr. (und den andern entscheidenden Tagen: Walburga, Johannes, Margaretha) gemeint seyn?

**) ehrbar, ehrbarlich. Erbtigkeit = Ehrbarkeit bei Schmid a. a. O. von erbar.

***) Raufe, zum Aufstecken des Futters im Stall. Barre, Krippe, Trog.

†) Hurde für die Schafheerde im Felde?

Ordnung wie man Hollz verkouffen soll.

Ain Ordnung, wie man Holtz verkouffen unnd Stockrömi *) geben soll.

Wann man Holtz verkouffen will, so volgen hernach dise Articel, die man den Holltzköuffern furhallten soll.

Erstlich man wolle inen Stockrömi geben von ainem Sannt Jorgentag biß zu dem andern sannt Jorgentag.

Item was die Holltzköuffer Holtz howen laussen, das sie sollichs an ainem schrott **) hinweg laussen howen.

Item das man das Holtz zu mittlem Mayen howen lasse.

Item die Stockrom thun bis Pfingsten das das gehowen Holtz zu Pfingsten herauß geraumpt sey.

Unnd man soll das gehowen Holtz setzen uff biegen usserhalb des gehowen Holtz, da nit Holltz wachse.

Das man auch des jungen Holltz unnd siner bimpf schonen,

Und wenn der Gehow unnd Schrott also gemacht ist, das man dann nit mer howen solln biß an den Herbst, so aber gut howen wirdt und ist.

Unnd sollen alßdann die ganntze Stockrom bis sannt Jorgentag machen, das es gar geraumet sey. Dann wa uber das Holtz alda belibe, were des Verkouffers.

Unnd das alßdann das gehowen Holltz herauß geroumpt und gesetzt werd, wie oben stat; doch ob es sich ungefarlich umb acht Tag oder viertzehen Tag verziehen wurd, sollte es keinen Mangel pringen.

Unnd als vil ainer Ryß in dem Holtzstam lassen will, die soll er vor dem Verkouffen außdingen und allweg ain Klaffter von dem anndern zaichnen.

Unnd die Ryß zaichnen mit ainem Nepper ain Loch ain Spann von der Erd oder mit dryen Schnitten ob ainander und mit ainem Röttelstain dardurch strychen.

Nach dem Abhowen soll das Holtz gemessen werden.

Unnd dem Holtzwarten ist man schuldig für sein Stamiet ***) von yedem lib. Hlr. 1 ß Hlr. doch so soll man das ußdingen.

---

*) Zeitfrist zum Räumen des Waldes mit dem gekauften Stammholz.

**) Schnitt.

***) Stamm-Miethe, eine vormals an das Forstpersonal für die Waldaufsicht nach Verhältniß des Kaufpreises zu entrichtende Abgabe.

Und die Rüt zu Eckingen, damit man das Holltz mißt, ist nach der Lenngi LX Ruten und nach der Uberzwerchen VI Ruten unnd ain Rut XIIII Schuch lanng.

Wie man Schuldnern umb Rechts verhelfen soll umb ire Schulden, so kain Gericht zu Eckingen ist.

(Pfändung wegen Schuld. Umschlag auf der Gant. Gantbrief.)

Es ist zu wissen, so ainer ain Herrschafft zu Eckingen anlangt: im seyn seine Hindersässen schuldig, unnd mit inen zuverschaffen, daß sie bezallt werden, ist ainer dann der Schuld bekanntlich, so sol der Herr mit seinem Hindersassen verschaffen, das er dann denselbigen bezal.

Unnd wa er sollichs nit thette und derselbe Schuldner deri Herren anruffen wurd umb Recht, so soll in der Herr in seine Gericht oder gen Erbach zu Recht stellen oder in ain annder gericht, wa es dann dem Herren bequemlich wer.

Deßgleichen in anndern Fällen ouch. Die wyl aber kain Gericht zu Eckingen ist, so wirt es in sollichen Fällen an dergly chen Orten uff dem Lanndt also gehalten. So ainer kompt zu dem Herren des Gutz, der ain Gericht hat, oder seinem Amman und sagt: der Euer ist mir schuldig, und begert Rechtz, das er in umb sein Schuld verpfennd, das mag er mit ainem Pfening thun oder mit seinen Worten, nach des Flecken Recht auff viertzehen Tag, unnd sollen die Pfannd acht Tag hinder dem Gericht ligen; in der Zeit hat der Schuldner Gewallt, die Pfannd wider an sich zunemen unnd den Cleger zu enntrichten. Ob er aber in der Zeit nit kompt, so mag der Cleger die Pfannd uff der Ganntli, do ain Gericht ist, umbschlahen umb sin Schuld. Und hat er nit Pfannd gnug, so soll er ime mer Pfannd geben, biß er der Schuld hebig ist. Unnd vergannd in der Zeit die Pfannd, daz er die nit löset, so mag der Cleger mit den Pfannden gefaren, wie er will.

Item es sind aber ligende Pfannd, so miessen die ligen sechs Wochen unnd dry Tag, biß die obgeschribner Wyß vergand.

Unnd so dann die Zeit verscheint, so wirt dem Cleger vom Richter ain Gantbrieff gegeben.

So aber der Schuldner dem Herren auch schuldig were Güllt oder annders, so soll der Amman gegen den Cleger sagen: ich

verpfennd dich nit annders dann das der Herr vorganng. Das muß der Cleger lassen beschehen. Ob dann ettwas uber des Herren Schuld bevorbelybt, mit dem selbigen soll er dann den Cleger verpfenden.

Ob aber ain Ammann nit bedacht were, was er hanndlen söllt, so mag er acht Tag oder viertzehen Tag ain Zug nemen auff seinen Herren.

Unnd ob er Schuldner nit Pfannd gnug hett, so mag der Ammann sollichs an die Oberkait langen lassen.

Unnd der Schaden halb mag der Cleger in Gericht ynlegen, unnd darumb und deßhalben erkennen lassen.

Von späterer Hand folgen nun noch einige Nachträge:

1) (Strafe wegen Unzucht. Urfehde 1595.)

Zu wissen, Nachdem Georg Hum, gemain Hiertt zue Deggingen, ausserhalb der Ehe einer unerbarn frembden Weibspersohn ain khind anbevolhen, haben inn die drey Gemainds Herrschafften daselbsten zun Degkhingen den 17. May ao. 2c. 95. gefenngklich annemmen unnd naher Hörlingen uff das Schloß, alda er inn Gefennggnues gelegt worden, füeren lassen, unnd obwohlen man gegen ime, dem Verdienen nach, solche weg fürzunemen, guetten Fueg gehabt, welche ime schwerlich fallen mögen, ist er aber uf starckh Fürpitt seiner Hausfrauen unnd ainer Gemaind zuegedachtem Degkhingen, auch in Ansehung seiner klainen Khind, den 18. hernach der Gefenggnus nachvolgender Weiß wider erlassen worden: das wiewol ime zehen Güldin Straff ufferlegt worden, hatt man doch drey Güldin, welche er uff nechste Gemain-Rechnung den dreyen Herrschafften erstatten solle, zuenemen bewilliget, unnd er ainen gelertten Ayd zue Gott unnd den Heiligen mit ufgehabnen Fingern geschworen, daß er solche Fenggnus, und was hierunder fürgeloffen, nimer mehr gegen den gedachten Herrschafften, iren Dienern oder denjenigen, so hierunder gebraucht worden, für sich selbst in khain Weiß noch Weg anden und effern*), auch (noch) solches

*) anklagen, schelten. Scherz. Glossar. v. aeffern.

zuthuen jemand gestatten wölle ꝛc. Dann da diß uber kurtz oder lanng, mit wenig oder vil beschehen thette, solle man gegen ime, allß ainem mainaidigen Man zu verfahren Macht haben ꝛc. Unnd hatt dero wegen auch zue Bürgen gemelter Straff halben erbetten unnd gestellt Petter Mayen, Martin Konen unnd Jacob Schwerern, alle drey wonhafft zue Oegkhingen. Geschehen in Beysein obgemelter dreyer Gebürgen unnd Dietterich Lutzen, Schultheißen zu Hörlingen uff Tag unnd Jahr, allß obsteet ꝛc.

2) Den Viehtrib zwischen Georg Kuonen zue Ringingen und ein Gemeindt zue Ekhingen betr. Den 16. Dec. Ao. 1617.

Ich Geörg Kuon deß Spittals Blaubeuren Hindersäß vndt Schultheiß zue Ringingen, bekhenne offentlich hiemit für mich und meine Erben, Nachdem die Ehrnhafften, fürsichtigen, ersamen und weißen Herren Burgermeister und Gericht zue Blaubeyhren in Nammen und von wegen gemeltes Spitals daselbsten durch deroselben Abgeordneten Davidt Mannen und Matthes Wingartner, beede Burgermeister, auch Christian Haagmayern jetziger Zeit besagtes Spitals Oberpflegern, von desselben Gehölz, der Schleich genant, kurtz verschiner Zeit mir uff ain Jauchert daran ungefahrlich zue einem Stokhakher zue kauffen geben, sie auch von gedachts Spitals wegen zue ihrem guethen Beniegen clagloß gemacht und versichert, mit disem ußtruckhenlichen Angeding, daß nachdem der gemeine Fleckh Ekhingen dem Closter und Gotteshauß Söfflingen, auch der wohledell Conradt von Wernaw, zue und angehörig, vonn Allters hero wen die Waldt und Höltzer erwachßen und eröffnet geweßen, mit ihrem gehürnten Vich durch und an sollchem Gehöltz über allberaith an mich erkhaufftes Aeggarten Stückh die Zue- und Durchfarth gehabt haben sollen, daß derowegen ich geredt und versprochen, thun daß auch hiemit wissentlich in Crafft diß Brieffes: Wan sich künfftig begeben, daß gemelte Gemaindtschafft zue Ekhingen mit ihrem Vich den Waidtgang in angezogenen Wäldten zue besuchen befuegt sein werden, sie jedesmahlen den Stainen nach und nit weiters mit ihrem Vich, jedoch ohngewaydet, die Zue- und Hinfarth haben, wie von Alters her, über sollchen an mich erkhaufften Stokhakher, daran ich jederzeit so vihl ungebauet ligen lassen solle: damit mann mit der Herdt ungehindert

vorkhommen möge, ungehindert männiglichs in allweeg ohne Geverdte. Deßen zu Uhrkhundt haben obehrengemelte Herrn Burgermeister und Gericht uff mein vleissiges Bitten obbesagter Gemeindtschafft Ekhingen dißen Brieflichen Schein und ihr und Gemeiner Statt uß getrukhtem Secret Insigell (doch ihnen, ihren Nachkommen, auch der Statt ohne Schadten) offentlich zuegestöllt. Geschehen und gebèn den Sechzehenden Monaths Tag Decembris Ao. Christi Sechzehenhundert und Sibenzehn Jahr. L. S.

(Dieser Vertrag ward nach vorangegangenem Streit den 5. Juni 1682 von dem nunmehrigen Besitzer des Stockackers, Jacob Ströbelin zu Ringingen, in Gegenwart des Vogts zu Blaubeuren, des Spitaloberpflegers daselbst, „des reisenden Schultheißen" zu Ringingen, der grundherrlichen Amtleute, des Schultheißen und der Gemeindepfleger zu Eckingen von Neuem anerkannt.)

V.

Das angelsächsische Vermögensrecht im Zusammenhang mit dem heutigen Recht

dargestellt von

Dr. J. Gundermann in München.

Erstes Kapitel.

Inhalt des Vermögensrechts. Innere Verbindung von Recht und Prozeß. Deren Ausscheidung in der Darstellung. 1. Das Eigenthumsrecht. Gegenstände des Eigenthumsrechts. a. Erwerbung von Grund und Boden. Erb- und Eherecht. Die gerichtliche Leihe. Die Form der Uebertragung von Land unter Lebenden. Testament. Urkunden. Buch-, Folc- und Lehnland. Entstehung des Freehold oder freien Landeigens. Unterschied der Entwicklung des englischen Erbgüterrechts von der des Lehnrechts auf dem Continent. b. Erwerb der Rechte an Mobilien. Mit und ohne Zeugniß. Das Institut der Gemeinde- und Geschäftszeugen.

Als eines der wichtigsten Rechte, welches der Staatsverband dem Freien (im Sinne des civis optimo jure) gewährt, erscheint das Recht, Eigenthum erwerben, besitzen und gebrauchen zu können. Wir nehmen hier Eigenthum im weitesten Sinn, so daß es nicht nur die Rechte an Sachen, sondern auch Forderungen, sonach die beiden Seiten des Vermögens überhaupt umfaßt.

Um eine klare Einsicht in die Grundsätze des angelsächsischen Vermögensrechts möglich zu machen, wird es vor Allem nöthig, Eigenthumsrecht und Prozeß scharf zu sondern gerade deßhalb, weil die Quellen Beides vielfach ineinanderfließen lassen. Recht und Prozeß zusammen machen aber erst das volle Eigenthum aus, indem durch ersteres Erwerb und Besitz (Gewere) vor Verletzung gesichert, durch den Prozeß aber das verletzte Recht wieder hergestellt wird [1]).

---

1) Da Recht und Verfahren sich so vielfach berühren, haben sogar die besten Darsteller des älteren deutschen Vermögensrechts, wie Eichhorn (deutsche

1) Eigenthumsrecht. Bei der Darstellung des Eigenthumsrechts werden wir durchaus auseinander halten, ob Land oder bewegliche Sachen Gegenstand des Eigenthums sind, obgleich die strenge Unterscheidung des späteren englischen Rechts zwischen Land- und persönlichem Eigenthum für die angelsächsische Zeit noch nicht von so großer Bedeutung ist. Es gelten für Erwerbung von Eigenthum an Land und an beweglichen Gegenständen im Allgemeinen dieselben Bestimmungen und die besondern Bestimmungen für fahrende Habe verhalten sich zu jenem mehr nur wie einzelne Ausnahmen zur Regel [2].

In den Gesetzen finden sich die mannigfaltigsten Ausdrücke für Gegenstände des Eigenthumsrechts, wie: feoh, yrfe, orf, ceap, land, ar, aehte. Von diesen werden die vier ersten für bewegliche Gegenstände, die zwei folgenden für Grund und Boden, der letzte für Vermögen oder Habe im Allgemeinen, also Grundeigenthum und fahrende Habe umschließend, gebraucht [3].

Eine besondere Bedeutung von aehte scheint auch die zu seyn, daß es das Gut bezeichnet, welches nicht durch Erbgang in der Familie, sondern auf anderem Wege (by purchase) erworben worden, in ähnlicher Weise wie bisweilen das deutsche Eigen neben Erbe erscheint [4].

Staats- und Rechtsgeschichte und Einleitung in das deutsche Privatrecht) und Albrecht (die Gewere als Grundlage des alten d. Sachenrechts 1828) Erwerbung des Rechts und Vindication äußerlich oft gar nicht geschieden. Namentlich bezüglich der Erwerbung von Mobilien lassen sich die Grundsätze meist nur aus der prozessualischen Aneignung oder Vindication ableiten.

2) Reeves, hist. of the english law (III. edit. 1814) I. p. 11.

3) J. Kemble, Cod. diplom. N. 699 bezüglich aehte. Daß yrfe das sämmtliche Vermögen einer Person, wie Alod (Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte I. §. 57 unter Bezug auf L. Bajuv. tit. 1. cap. 1 und tit. 2. cap. 1 §. 3) oder das deutsche Erbe bezeichne, was Phillips (Versuch einer Darstellung der Gesch. des angelsächs. Rechts 1825 §. 37) annimmt, läßt sich nicht erweisen. Dagegen spricht schon, daß ierfe (wie orf) zunächst Vieh bedeutet. Siehe Ancient laws Note zu Aelfr. 20. Vergl. libbende yrfe in Aethelst. proem. gleichstehend mit cuic ceap. Für meine Auslegung von aehte verweise ich auf Cnut S. 71 zu vergleichen mit Wil. I 34 und Aethelst. I 9. Aehte hat das Beiwort „eigen“ (agen) in Aethelst. I proem.

4) Eichhorn a. a. O. II. §. 354.

a. Was zuerst die Erwerbung des Eigenthums an Grundstücken betrifft, so geben hierüber die Gesetze nicht Aufschluß. Die wenigen Andeutungen, welche wir daselbst erhalten, lassen nur schließen, daß die Grundsätze dieselben sind, wie bei den übrigen germanischen Stämmen und wie bei Völkern auf einer niedrigen Stufe wirthschaftlicher Ausbildung überhaupt. Die gewöhnlichste Art der Erwerbung ist eben die durch Erbgang. Veräußerung an Personen außerhalb der Familie ist überhaupt selten, da der Hausbedarf leicht durch die Familienglieder selbst gedeckt wird, und das Gewerbe vom Ackerbau und Gesindedienst sich noch nicht abgesondert hat. Die Ererbung eines Grundstücks steht der ursprünglichen durch Occupation, deren Zulassung mit der Ausbreitung der Bevölkerung und Cultur immer seltener werden muß, am nächsten. Mit dem Tode des Erblassers wird die Sache wieder res nullius und somit eine neue Occupation möglich. Hier würden beständige Besitzstreitigkeiten die Folge seyn, wenn nicht das Erbrecht der Verwandten gesetzlichen Schutz fände. Die Verlängerung des Besitzrechts vom Erblasser auf seine Nachkommen ist nicht blos ein natürliches Recht, sondern sozusagen das erste Civilrecht, zunächst geschirmt durch die Eigenmacht der Verwandtschaft des Erblassers beruhend auf Sitte, nicht auf Gesetz. Die Verwandten sind auch meistens die ersten Zeugen des Todes des Erblassers und somit auch vom Anfang an die der Besitzergreifung Nächsten [5]). Tiefer betrachtet liegt das Erbrecht der Blutsverwandten freilich im Wesen der Familie als einer sittlichen Einheit selbst. In Ermanglung von Kindern treten in frühester Zeit auch die Hausdiener an deren Stelle [6]). Umgekehrt nimmt auch der Herr das den Dienern geliehene Land wieder als Erbe zurück. Ein Erbrecht des Staats (escheat) tritt sobald nicht ein und das angelsächsische Länland, bei dem man ein solches am ersten erwarten sollte, unterlag nicht einmal bei Verbrechen des Beliehenen der Confiscation.

Bei den Angelsachsen finden wir erst seit Cnut gesetzliche Bestimmungen über Erbrecht [7]). Hierbei war es aber mehr auf eine

5) H. J. Stephen, new comm. — founded on Blackstone (III. edit. 1853) I. p. 156.

6) Stephen a. a. O. I. p. 157, wo auf Genesis 15, 3 verwiesen wird.

7) Cnut. S. 71. Daß diese Stelle auch auf Grundstücke zu beziehen ist,

Feststellung des oberherrlichen Erbrechts, insbesondere des Heregeat abgesehen, als auf Feststellung des Intestaterbrechts [8]). Darum werden als Intestaterben nur Weib, Kinder und Neh-Magen im Allgemeinen genannt; auch werden die einzelnen Theile nicht festgesetzt. Eine Begrenzung des verwandtschaftlichen Erbrechts bis auf den Punkt, wo die Verpflichtung zur Fehde aufhörte [9]), läßt sich schon deßhalb nicht behaupten, weil diese Verpflichtung bei den Angelsachsen sehr bald den Verwandten abgenommen wurde. Auch scheint diese Verpflichtung vom Anfang an auf den nächsten Erben des Grundstücks beschränkt gewesen zu seyn [10]), auch über den nächsten Grad väterlicher Verwandtschaft nicht hinausgereicht zu haben [11]). Ob im Erbrecht der Mannesstamm wie bei andern germanischen Stämmen den Vorzug vor den Verwandten von der Weiberseite gehabt, ist zweifelhaft. Aus dem Vorzug bei der Theilung des Wergelds läßt sich sowenig etwas schließen, als aus der Verpflichtung zur Fehde. Die Gesetze Wilhelms des Eroberers (I. c. 34) geben allen Kindern ein gleiches Recht und es scheint dieses keine Neuerung. Ausgeschlossen von der Erbfolge waren aber Weiber keineswegs, auch nicht bei Ererbung von Grundstücken [12]).

---

ist die gewöhnliche Ansicht. Siehe G. Spence, the equitable jurisdiction (1846) I. p. 24.

8) Spence a. a. O. I. S. 42 (addit. note) beschränkt das Heregeat (im Lehnrecht relevium) auf Geld und Mobilien, in welchem Sinne er aehte überhaupt nimmt.

9) Dieses glaubt Phillips, Angels. R. §. 41.

10) Arg. l. Angl. et Werin. tit. 6. cap. 5. Auf diese Stelle gründen die Germanisten gewöhnlich den Zusammenhang von Erbrecht und Fehde. Siehe Eichhorn a. a. O. I. §. 57.

11) Eadr. et Guthr. am Ende. Der Healsfang — Gebühr zum Abkauf der Rache — gebührt Kindern, Brüdern und väterlichen Oheimen (faederan) und keinem Verwandten gebührt dieses Geld (thaet feoh) als denen „binnen dem Knie". So liest das Corp. Christi M. N. 383. Der textus Roffensis liest thaet feoth d. h. und es gebührt keinem, daß er fechte. Die Versio antiqua hat pecunia wie L. Henr. I. 76. §. 4. Die Computation der Grade entsprach der canonischen. Eichhorn I. §. 65 u. 183. „Binnen dem Knie" auf die Blutsverwandtschaft im Gegensatz zur Schwägerschaft zu beziehen, wie Thorpe (Note zu Henr. I. c. 76), sehe ich keinen Grund.

12) Hist. Rames. c. 24 (Gale, scriptores XV. Oxoniae 1691 p. 404)

Der Ererbung von Eigenthum durch Familienerbfolge schließt sich an die durch Eingehung einer Ehe. Die Wittwe steht bei der Erbfolge den nächsten Verwandten gleich und hat ein Recht namentlich auf die Morgengabe, die meist aus Grundstücken bestand und zugleich die Stelle des Witthums vertrat, welches bei den Angelsachsen nicht besonders erwähnt wird. Erst in späterer Zeit tritt neben das deutsche Frauengut das romanische Heirathgut des Mannes, dos mehr im römischen Sinne, maritagium [13]). War bei Eingehung der Ehe der Frau nicht ein bestimmtes Gut als Morgengabe oder Witthum gegeben und überhaupt nicht bestimmt worden, was die Frau nach dem Tode des Mannes aus dem Nachlaß erhalten sollte, so stand ihr Antheil gesetzlich fest. Bei unbeerbter Ehe erhielt sie die Hälfte des Vermögens, bei vorhandenen Kindern hatte sie mit diesen das Vermögen gemeinschaftlich [14]). Ueber das Vermögen der Frau erlangte der Mann wohl durch die Ehe kein unbedingtes Recht, sondern eben nur die Verwaltung zum Zweck der Ehe. Von einem usus fructus kann da gleichfalls nicht gesprochen werden, da das Recht des Mannes nach deutschem Recht überhaupt kein sachenrechtliches oder dingliches, sondern eben nur ein in der Institution der Ehe selbst gegründetes faktisches Machtverhältniß war. Bei Veräußerung des Vermögens war der Mann an die Einwilligung der Frau gebunden [15]).

Die Erwerbung von Eigenthum durch Erbfolge oder Ehe, die wir bisher betrachtet haben, beruhte auf Gewohnheitsrecht und

---

Histor. Eliens. II. c. 8 (Gale p. 495), Phillips, A. R. §. 41. Note 409.

13) Glanvilla lib. VII. cap. 1.

14) Eadm. Anhang. Bei Glanvilla beträgt das gesetzliche Witthum (dos legitima oder rationabilis im Gegensatz der dos nominata) den dritten Theil des Vermögens des Mannes und zwar zur Zeit der Verlobung. Auch heute noch gebührt der Wittwe der dritte Theil und zwar alles Realvermögens, welches ihr Ehmann in irgend einem Zeitpunkt während der Dauer der Ehe besessen. Siehe Rüttimann, der engl. Civilprozeß (1851) §. 70.

15) Hist. Rames. c. 85. Phillips, A. R. §. 40. Note 398. In der normännischen Periode bei Glanvilla ist die eheherrliche Gewalt eine viel bedeutendere. Siehe Phillips, Engl. Reichs- und R. G. (1828) II. S. 178.

Gesetz und trat durch die Wirkung des Gesetzes selbst (by act of the law) ein. Daneben findet sich aber zugleich eine andere Art der Erwerbung von Eigenthum an Grundstücken; es ist die Erwerbung durch Leihe (gerichtliche Auflassung) im Scirgemote unter dem Zeugniß der Scire (scirgevitnesse). Diese Uebertragung war nothwendig, so oft das Eigenthum auf Jemanden außerhalb der Familie übertragen werden sollte oder überhaupt auf Jemanden andern, als auf den nächsten Erben. Sollte eine solche Leihe rechtlich gültig seyn, so mußte der Veräußerer sich vor Allem der Einwilligung des rechten Erben versichern. Dieses wurde am leichtesten durch Uebertragung im offenen Gemote erreicht. Da bedurfte es nicht einer ausdrücklichen Einwilligung des Erben. Es genügte, wenn derselbe nicht sofort widersprochen [16]). War Jemand mit dem Zeugnisse der Scire gewert (geverod), dann mochte er verkaufen und schenken, wem er wollte [17]). Ueber die Frage, wieweit sich das Einspruchsrecht des nächsten Erben erstreckt haben mag, läßt sich bei dem Schweigen der Gesetze nur behaupten, daß es mehr auf Sitte als Recht beruhte. Die ursprüngliche Regel scheint wie auf dem Continent das unbedingte Veräußerungsrecht des Eigenthümers als Folge der Familienvormundschaft gewesen zu sein [18]), zumal bezüglich des auf anderem Wege als durch Erbschaft erworbenen Gutes [19]). Es muß ferner wohl bemerkt werden, daß das Veräußerungsrecht an dem erworbenen Gute selbst wieder durch die ursprüngliche Leihe bedingt sein konnte. Als sicher und durch Urkunden feststehend darf aber angenommen werden, daß das übertragene Besitzrecht in der Regel das vollkommen freie und erbliche war [20]); und wenn auch bei der Leihe nicht ausdrücklich die später

---

16) Phillips, A. R. §. 37. Vgl. Eichhorn I. §. 57. Sächs. Landr. II. Anm. 6.

17) Cnut S. 81.

18) Eichhorn §. 57. L. Angl. & Wer. tit. 13. Libero homini liceat hereditatem suam cui voluerit tradere.

19) L. Henr. I. c. 70. Emptiones vel acquisitiones suas det cui magis velit. Terram autem quam ei parentes dederunt, non mittat extra cognationem suam. Zu vergl. L. Feud. II. tit. 39. Alienatio feudi paterni non valet etiam domini voluntate, nisi agnatis consentientibus, ad quos beneficium quandoque sit reversurum.

20) J. Kemble, Cod. diplom. I. Introd. p. xxx, „an unrestricted fee."

wesentlichen Worte vorkommen, daß das Gut dem Beliehenen und seinen Erben übertragen werde [21]), so dürfen wir doch auf Eigenthum, nicht auf bloßes Leibrecht schließen. Eine Beschränkung der Veräußerung kam erst in Folge der Entwicklung des späteren Lehnwesens auf. Die Beschränkung geschah aber dann im öffentlichen Interesse, und ging nicht weiter, als der Gutsbesitzer noch im Stand war, die schuldigen Lehndienste zu leisten. Diese lehnrechtlichen Beschränkungen sowie deren Aufhebung durch Statut 18 Eduard I, c. 1. (quia emptores) und vollends durch Statut 12 Karl II. gehören nicht hieher. Wie aber in der späteren Zeit die nachtheiligen Wirkungen des Lehenrechts dadurch abgewendet wurden, daß aller Grundbesitz als vom König ausgehend betrachtet wurde, so hat auch schon in der angelsächsischen Zeit die Auffassung des Königs als obersten Gewähren und Friedewirkers die etwaigen üblen Folgen der Einsprache der Erben beseitigt und die Entwicklung anomaler Retraktsrechte abgewendet [22]).

Das Formelle der Leihe unter dem Zeugniß der Scire bestand wohl einfach darin, daß der bisherige Eigenthümer feierlich erklärte, daß er sein Recht an dem Grundstück auflasse zu Gunsten des Empfängers. Dazu kam in der Regel eine fingirte Uebertragung des Besitzes durch Ueberreichung eines Zeichens (Symbols) des Besitzgegenstands [23]). Eine wirkliche Einweisung in den Besitz mag zwar meist vorausgegangen oder unmittelbar gefolgt seyn; zu dem wesentlichen Theil des Rechtsgeschäfts gehörte jedoch diese Besitzeinweisung, Beweisung in der deutschen lehnrechtlichen Sprache, sicherlich nicht. Mit der feierlichen Erklärung des bisherigen Besitzers begann sofort das Recht des neuen Eigners, der von nun an gewert heißt [24]).

Die Wirkungen des Rechts, welches der neue Eigner durch

21) Littleton sect. 1. Kemble hat a. a. O. p. xxxi. mehrere Stellen aus den Urkunden ausgezogen, die häufig ausdrücklich der Erben erwähnen.

22) Hist. Ram. c. 114. Palgrave, rise and progress of the engl. common wealth (1832) I. p. 650.

23) Ingulf. hist. p. 901. Conferebantur etiam primo multa praedia nudo verbo, absque scripto vel charta, tantum cum domini gladio vel galea, vel cornu vel cratere, et plurima tenementa cum strigili, cum arcu et nonnulla cum sagitta.

24) Cnut S. 81.

die Leihe erhielt, lassen sich erst vollkommen übersehen, wenn wir alle Formen der Leihe und auch die Erwerbsarten der Mobilien sowie die Aktionen dargestellt haben werden. Es wird sich dann erst herausstellen, ob und wie weit sich sein Besitzrecht dem römischen Besitz oder Eigenthum nähert. Einen allgemeinen Ausdruck für sein dingliches Recht giebt es nicht, man müßte denn den vieldeutigen deutschrechtlichen Ausdruck „Gewere" gebrauchen, der aber bei den Angelsachsen, wenn er überhaupt vorkam, strengstens auf das Recht an Immobilien beschränkt blieb. Der Gewähre, dessen Aufrufung beim Rechte an fahrender Habe wesentlich ist, führt bei den Angelsachsen, wie wir weiter unten sehen werden, nicht einmal einen mit dem Worte Gewere entfernt verwandten Namen [25]).

Vergleicht man die gerichtliche Auffassung oder Leihe im Scirgemot mit der Ererbung, so unterscheiden sie sich ihrer Wirkung nach hauptsächlich dadurch, daß bei dieser derjenige, der sich darauf beruft, keines weiteren Beweises über seinen Besitz bedarf [26]); während die Uebertragung im Gemote ihren rechtlichen Halt, ihren Rechtsgrund erst durch das Zeugniß der Scire erhält. Im Ueb-

25) Das deutsche Wort Gewere bezeichnet außer dem dinglichen Recht selbst 1) die gerichtliche Auflassung oder öffentliche Erklärung des Eigenthümers im Gemote (Salung) 2) die wirkliche Besitzeinweisung als zwei selbständige Handlungen. Eichhorn §. 59a. Da im angelsächsischen Recht aller Nachdruck auf der ersteren Bedeutung liegt, letztere aber das Zufällige ist, so ist es mißlich, obige Ausdrücke, welche der abweichenden Entwicklung des Grundeigenthums auf dem Continent entsprechen, anzuwenden. Ebensowenig lassen sich die lehnrechtlichen romanischen Ausdrücke investire und vestire, investitura und vestitura gebrauchen. Für England fallen beide Bedeutungen in frühester Zeit zusammen und dieses ist wohl die ursprüngliche Bedeutung jenes Satzes des Feudisten: investitura quidem proprie dicitur possessio, abusivo autem modo dicitur investitura, quando hasta, vel corporeum quodlibet porrigitur a domino, feudi se investituram facere dicente. Wer durch das Zeugniß der Scire gewert ist, der hat eben den Besitz und dieser kommt bei dem neuen Eigner rechtlich nicht weiter in Betracht, als er gewert ist durch das Zeugniß des Gemote.

26) Deßhalb ist er auch im Lehnrecht der Besitzeinweisung überhoben. Sächs. Lehnrecht 6. Der Vater erbet uffen son die gewere des gutes mit sament dem gute, darumb en darf der son nicht, daz man ime des vaters gut bewise.

rigen waren beide Arten des Eigenthumserwerbes sich so gleich, daß die gerichtliche Uebertragung nur als eine künstliche Nachbildung oder Erweiterung des Princips der Erwerbung durch Erbgang sich darstellt. Der Empfänger des Eigens im Gemote setzt gerade so das Recht des Uebertragenden fort, wie der Erbe den Besitz des Erblassers [27]). Insofern die Leihe ein vererbbares Besitzrecht überträgt, wird sie in den Rechtsbüchern auch geradezu als eine Art Erbeinsetzung angesehen [28]).

An die Uebertragung des Eigens im Gemote inter vivos lehnt sich die Veräußerung mortis causa durch Testament (cvythe) an. Diese besteht gleichfalls in der feierlichen Willenserklärung des Eigenthümers vor der Scire. Außergerichtliche Testamente über liegendes Eigen lassen sich nach gemeinem Volksrecht wohl nicht annehmen. Wir dürfen dieses schon daraus schließen, daß man sich stets bemüht, für einen schriftlich erklärten letzten Willen das Zeugniß der Scire noch zu erhalten [29]). Von dem römischen Testament ist das angelsächsische wohl zu scheiden [30]). Die Aufstellung eines Testamentsexekutors erfolgte erst dann, als durch den Einfluß des Lehnwesens in der normännischen Periode jede Veräußerung von liegendem Gute, namentlich an die Kirche, erschwert

27) Nach dem Grundsatz: der Todte erbt den Lebendigen (le mort saisit le vif). Taciti Germ. c. 20. Proximus gradus in possessione. Daß erben hier Besitz übertragen bedeutet, bedarf bei den vielfachen Erörterungen, welche diese Rechtsparömie erfahren hat, keines Beweises mehr.

28) Bracton (Lond. 1569) fol. 176. Item augere poterit donationem et facere alios *quasi haeredes*, licet re vera haeredes non sunt, ut si dicat in donatione habendum et tenendum tali et haeredibus suis, vel cui terram illam dare vel assignare voluerit. — Auf den Zusammenhang der gerichtlichen Auflassung mit dem Erbrecht deuten auch heidnische Gebräuche. Siehe Grimm, Rechtsalterthümer. S. 191.

29) Urkundliche Belege bei Spence I, p. 23.

30) Uebrigens war ja auch das römische Testament eine Mancipation. Erst durch den Prätor kamen schriftliche Testamente auf. Weitere Vergleiche mit dem römischen siehe bei Spence I. p. 24. Näher steht das attische Recht, auf das häufig hingewiesen wird, wo die Erbeinsetzung eines extraneus mittels Testaments die Adoption des Erben enthält.

und die Besitzübertragung bei Güterleihen wesentlich wurde. Nur in Kent und in einzelnen Immunitäten (manors) und Städten, wie London und Oxford, erhielt sich dann gegen das Lehnrecht das alte gemeine Recht als Herkommen [31]. Im Allgemeinen gilt bezüglich der Testamente der Grundsatz, daß sie nur da die Erbfolge regeln, wo ein natürlicher Erbe fehlt. Solus deus heredem facere potest. Darum kann wohl vom Anfang an das leibliche Kind nicht enterbt werden, wenigstens nicht beim väterlichen Erbgut, wenn auch ein bestimmter Pflichttheil nicht vorkommt [32]. Enterbungen kommen übrigens ohne Zweifel vor, wenn auch die Gesetze bestimmte Enterbungsursachen nicht erwähnen [33]. Der Testamentserbe trat vielleicht durch eine feierliche Erklärung vor der Scire nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft an, obgleich diese Erklärung die Bedeutung des römischen Erbantritts sicherlich nicht hatte und von der Schuldenhaftung für den Erblasser nicht befreite [34]. Erst in Folge lehnrechtlicher Einflüsse in der normännischen Zeit, wo der Erbe sein Recht nicht sowohl von dem Erblasser, als von dem ursprünglichen Verleiher des Erbguts herleitete, konnte eine solche Haftung entstehen [35].

---

31) Spence I. p. 23 nimmt hier, wie so oft, mit Unrecht eine Fortdauer des römischen Rechts von der Occupation Agricola's her an.

32) Spence I. p. 24. verweist auf eine Notiz hierüber, die sich bei Beda finden soll, von der ich aber nichts ausfindig machen konnte. Für die spätere Zeit siehe Glanvilla lib. VII. c. 1. der den Pflichttheil rationabilis pars nennt und kein bestimmtes Quantum desselben aufstellt.

33) Ueber einen Fall besitzen wir eine Urkunde. Ein Sohn belangt seine Mutter vor dem Scirgemot wegen Ländereien. Eine Deputation des Gemots hat die Antwort der Mutter einzuholen. Diese, über die Klage des Sohns gereizt, enterbt diesen sofort und ernennt eine anwesende Verwandte, Leofläd, zu ihrer alleinigen Erbin. Dieses mündliche Testament wurde dann vor der Scire urkundlich gemacht. Die Ländereien, über welche hierbei verfügt worden, waren wohl die Morgengabe oder das Witthum der Testirenden, die Wittwe war. Siehe Kemble, Cod. diplom. Introd. p. CIX und CX.

34) Eine solche Erklärung findet sich in den Urkunden nicht. Das Formular in den Ancient laws p. 78 ist eine gewöhnliche „Aneignung" des Gewähren (warrantus).

35) Siehe Butler, note 77, VI, 3 zu Coke-Littleton (191a). Nach

Ueber die gerichtlichen Landübertragungen im Scirgemot wurden bald Urkunden aufgesetzt. Der Urkundenbeweis ersetzte jedoch weder den Zeugenbeweis noch die gerichtliche Erklärung oder Auflassung (Werung). Die Urkunde erhielt ihre juristische Bedeutung in allen Fällen erst durch die Zeugen, wenn auch das Zeugniß scheinbar in den Hintergrund trat und das Rechtsgeschäft jetzt von dem Eintragen in das Buch gebocian, seinen Namen erhielt. Daß auch im Hundertgemot Land verbucht werden konnte, muß in Abrede gestellt werden. Nur der Vertrag, welcher das Recht zur Verbuchung gab, mochte hier geschlossen werden, wie ja Verträge über liegendes Eigen seit Cnut auch vor vier Privatzeugen eingegangen werden konnten [36]), wobei wir aber das Hinzukommen der Werung wohl voraussetzen müssen.

Es ist hier der Ort, den Ausdruck bocland, sowie die übrigen Bezeichnungen von Landgütern, insbesondere folcland und laenland zu erklären, und nunmehr nach der Darstellung der Landübertragungsarten den Inhalt der Besitzrechte und die Verleihungsbedingungen überhaupt etwas genauer in's Auge zu fassen. Ohne Zweifel hängt der Name bocland mit der Errichtung einer Urkunde bei dessen Uebertragung zusammen. Es fragt sich nur, ob der Begriff bocland hiermit schon erschöpft ist, wenn man dasselbe als Land bezeichnet, welches schriftlich übertragen worden ist, woneben dann folcland als jenes Land erscheint, welches unter Zeugniß im Folcgemote übertragen worden [37]). Gesetze und Urkunden, welche letztere ja hauptsächlich bocland betreffen und hier die reichsten Aufschlüsse geben, nöthigen uns zur Annahme, daß bocland auch ein besonderes Besitzrecht bezeichnet, also auch eine materielle Bedeutung hat. Die bisherigen Ansichten über diese materielle Bedeutung des Boclands gehen dahin auseinander, daß Einige das Bocland als Allod dem Folcland als ein dem Lehen ähnliches Besitzrecht entgegensetzen, Andere umgekehrt das Folcland dem

---

Glanvilla (lib. VII, c. 8) haftet der Erbe schon unbedingt, nach Brakton (fol. 61a) nur soweit das Erbe reicht.

36) Cnut. S. 24.

37) Dieses ist Spelmann's Erklärung: Praedia Saxones duplici titulo possidebant: vel scripti authoritate, quod bocland vocabant vel populi testimonio, quod folcland dixere (Gloss. Bocland).

Allod und das Bocland dem Lehen vergleichen [38]). Die Unterscheidung zwischen Allod und Lehen ist aber bei dem englischen Rechte überhaupt nur mit größter Vorsicht anzuwenden, da der Gegensatz von Land- und Lehenrecht, wie auf dem Continent, nicht vorkommt und alles Land ohne Unterschied in letzter Hand als Lehen oder Eigenthum (dom. directum) des Königs angesehen wird, so daß auch eine Präsumtion zu Gunsten von Allodial- oder Lehenbesitz, wie anderswo, selbstverständlich nicht Platz hat [39]). Auch schon im angelsächsischen Recht läßt sich diese Unterscheidung nicht feststellen. Das Bocland ist, wie wir sehen werden, schon darüber hinaus. Im Allgemeinen ist aber unzweifelhaft die Annahme die richtigere, welche im Bocland ein günstigeres und gesicherteres Besitzrecht sieht. Wie ist nun aber der Inhalt dieses Besitzrechtes genauer zu bestimmen?

Aus den Urkunden steht fest, daß Bocland unter den mannigfaltigsten Bedingungen verliehen werden konnte, so zu erblichem Besitz, zu Leibrecht, auf ein und mehrere Leben oder Erben, auch als Stammgut unter Beschränkung der Vererbung auf die männlichen Erben [40]). Hieraus folgt vor Allem, daß Bocland, wenn es in den Quellen auch bisweilen mit terra hereditaria oder hereditas bezeichnet wird, jedenfalls nicht nothwendig erbliches Besitzrecht voraussetzt. Es ist eben nur Land, welches zu erblichem Besitze übertragen werden kann.

38) Letzteres ist die Ansicht von Phillips, Angelſ. R. p. 134 und 137—8. Ihm schließt sich J. Grimm an, indem er auf das friesische bocland und capland verweis't. Dagegen Kemble, Cod. dipl. I. p. CIV, Note 24. Die Ansichten mehrer anderer Schriftsteller finden sich zusammengestellt von Konrad Maurer in der Zeitschrift: Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Erstes Heft. (München 1853) S. 108 u. f.

39) Butler, note 77, VI, 1. zu Coke-Littl. 191a.

40) Siehe J. Allen, inquiry into the rise and growth of the royal prerogative in England (1830) p. 154. Ein Beispiel der Beschränkung auf die männlichen Erben enthält die Urkunde Nr. 147 (Offa 784) — Rus etiam hoc modo donatum est ut suum masculum possideat et non femininum; et post obitum prosapiae illius data sit tam villa quam universa terra quae in sua potestate est, ad religiosam aecclesiam, quae nuncupatur Enesham. Kemble (Cod. dipl. I. p. XXXIII) erwähnt noch eine Urkunde ad a. 869 (Burgred) und 963.

Ebenso wenig darf das Bocland als ein Stammgut bezeichnet werden, da dasselbe unzweifelhaft in anderer Weise veräußert werden konnte. Das Bocland ist überhaupt kein einzelnes Besitzrecht von bestimmter Dauer, es ist vielmehr eine Gattung von Besitzrechten, ähnlich dem heutigen freehold, ja es ist nichts anderes, als eben das Freehold, wenn auch noch nicht mit den scharfen Umrissen, wie im späteren Recht, weil es noch in seiner Ausbildung begriffen ist. Der Beweis hiefür liegt schon in dem Umstand, daß bei einem niedrigeren Besitzrecht, als Leibrecht, von Boclandbesitz nicht die Rede ist. Bei beschränkterem Besitzrechte kann nur von Länland gesprochen werden, wenn auch das Land mit einer Urkunde verliehen wird [41]). Ein weiterer Beweis liegt darin, daß Bocland, obwohl es von allen Ständen und selbst vom König besessen werden kann, doch bei Unfreien nicht vorkommt [42]). Es finden sich sonach die zwei wesentlichen Merkmale bei dem Bocland, welche den Begriff des heutigen Freehold ausmachen, welches eben ein Besitz von Land zu Erb-, Stamm- oder Leibgutrecht und zwar zu freiem Eigen ist. Es ist kein Eigenthum im römisch juristischen Sinne, sondern mehr nur Besitz [43]); deßhalb erklärt sich auch, daß es den Besitz auf Lebenszeit in sich faßt. Das englische Recht hat vom Anfang an eine Neigung, den abgeleiteten Besitz zu begünstigen. Dieses zeigt sich am entschiedensten darin, daß es den Pachtbesitz bald mit einer dinglichen Klage schützt, welche Klage am Ende die allgemeine Klage für freies Eigen an Immobilien geworden ist [44]).

Es muß als eine besondere Art von Bocland das Stammgut, entsprechend dem römischen Fideicommiß, hervorgehoben werden. Zur Begründung eines solchen auf die Glieder einer Familie beschränkten Gutes (fee tail) kam seit Alfred die gesetzliche Forderung, daß der Eigenthümer seinen Willen in Gegenwart des

41) Urkunde Nr. 1062. Daß die nicht schriftliche Fertigung nicht dem Länland charakteristisch ist, hat Maurer a. a. O. S. 115 richtig bemerkt.

42) J. Allen, a. a. O. p. 146—141.

43) Siehe hierüber die sehr belehrenden Erörterungen Butlers über den vielbesprochenen Rechtsfall Taylor v. Horde zu Coke-Littleton 330 b.

44) Die Klage by ejectment, auf deren vielfache Wandelungen bis auf die neueste Zeit durch 15 und 16 Vict. c. 76 s. 168 u. f. hier nicht eingegangen werden kann. Deren große wirthschaftliche Bedeutung hat schon Adam Smith betont im Wealth of nations b. 3 ch. 2.

Königs oder Bischofs und seiner Freunde erklärte [45]). Ein solches Familiengut setzte zwar ursprünglich die Verbuchung nicht voraus; sicherlich trat dieselbe aber stets später hinzu. Die Mitwirkung des Königs darf keineswegs als eine lehnrechtliche aufgefaßt werden [46]).

Nach obiger Erklärung des Boelands gränzt sich dasselbe in folgender Weise vom Folcland und Länland ab. Das Folcland wird in den Gesetzen in der Art neben Bocland hingestellt, daß beide alle Qualitäten der Grundbesitzrechte auszudrücken scheinen [47]). Am leichtesten erklärt sich dann Folcland formell als Land, welches im Gegensatz der schriftlichen Fertigung einfach vor Zeugen übertragen wird. Die gewöhnliche Meinung, wonach dasselbe nur als Volks- oder Staatsland (ager publicus) aufgefaßt wird, ist durch nichts erwiesen, läßt sich aber auch nicht urkundlich widerlegen, weil gerade wegen des Umstands, daß das Folcland nicht schriftlich übertragen wird, urkundliche Belege hier überhaupt ausgeschlossen sind. Nichts hindert aber anzunehmen, daß Folcland außer dem öffentlichen Land auch Privatland und zwar sowohl Edhel oder Familienland (terra aviatica), als auch frei veräußerliches Land, wofür kein bestimmter Namen vorkommt, das friesische capland, umfaßt. Die materielle Bedeutung des Folclands nähert sich der des Boclands, insofern auch das Folcland zwar von allen Ständen, aber doch nur von Freien besessen wird. Im Uebrigen unterscheidet sich das Folcland vom Bocland nur durch seine in der Regel größere Belastung mit Zinsen und Diensten, während das Bocland gewöhnlich nur die öffentlichen Auflagen, Heerfolge, Wege und Brückenbau, sowie Festungsbau (trinoda necessitas, communis labor) zu tragen hat, und auch von diesen es öfter ausdrücklich befreit ist [48]). Wenn

45) Aelfr. 41. Die Stiftung des Familienguts geschah also direkt, ohne daß es der Aufstellung eines haeres wie nach röm. Recht bedarf. Da schon urkundliche Beispiele in der Zeit Offa's von Mercien vorkommen — siehe oben Note 40 — so vermuthet Kemble, daß diese Bestimmung aus den verlornen mercischen Gesetzen entnommen ist.

46) So leitet Palgrave das Testament hievon ab (Proofs p. 59). Dieses soll ursprünglich auf einer Auflassung oder Verzichtung zu Gunsten des Lehnsherrn beruhen, der zugleich gebeten wird, das Gut einer bestimmten Person dem Erben zu übertragen.

47) Eadv. 2.

48) Die Lasten, welche auf dem Folcland lagen, lassen sich aus den Be-

Folcland auf Lebenszeit oder zu Erbrecht [49]) verliehen wird, so läßt es sich dem Bocland oder gesetzlichen Freehold als herkömmliches (customary freehold) entgegensetzen. Das Folcland kann aber nicht in der Weise dem Bocland entgegengesetzt werden, wie das heutige Copyhold dem Freehold, da die Entstehung des Copyholds ohne Zweifel vom Länland ausgegangen ist, zu dessen Erklärung ich jetzt übergehe.

Bei dem Länland ist eine allgemeine und eine engere Bedeutung zu unterscheiden. Im Allgemeinen erscheint Länland offenbar als alles Land, welches nicht zu Erbrecht, sondern nur zu Leibrecht oder auf zeitlich beschränkte Dauer verliehen wird, gleichviel, ob der Darleiher von Bocland oder Folcland ausleiht. Länland ist sonach eben vertragsmäßig bedingtes oder Pachtland (Leasehold). Im heutigen Recht findet sich noch dieselbe Terminologie. Der Ausdruck Pacht (lease) umfaßt alle Güterleihen auf Widerruf, auf bestimmte Zeit und auf Lebensdauer, sei es das Leben des Beliehenen oder eines Andern [50]). Der juristisch wichtige Unterschied dieser verschiedenen Arten von Pacht ist aber der, daß die Pachtleihe auf Lebensdauer noch als Freehold erscheint, während die Leihen auf Zeit (for term of years) und Widerruf (at will) zu diesem in bestimmtem Gegensatz stehen [51]). Bei den Angelsachsen wird nun der Ausdruck laen ganz im Sinne von lease genommen und namentlich auch von Leihen auf Lebenszeit, ja selbst auf mehrere

---

freiungen, welche viele Urkunden bei Landleihen erwähnen, wohl erkennen. Siehe nur Cod. dipl. Nr. 313. Ein allgemeiner Ausdruck für diese Bodenlasten, Abgaben und Dienste umfassend, ist gafol.

49) Kemble (a. a. O. I. p. 292 u. f.) nimmt nur einen lebenslänglichen Nießbrauch am Folcland an, während Erbrecht an Folcland nur als Bocland verliehen worden sein soll. Er nimmt da eben Folcland nur im engern Sinn als ager publicus, was aber mit andern Behauptungen desselben, wonach Folcland ursprünglich alles Land außer Allod sein soll (I. p. 298), im Widerspruch steht. Wenn wir im Besitze von Folcland selbst den König finden (Cod. dipl. Nr. 281), läßt sich aber doch wohl nicht mehr von einem bloßen Nießbrauch sprechen.

50) Littleton sect. 57.

51) Littleton sect. 57 u. 59. Vergl. Thomas Solly, Grundsätze des engl. Rechts über Grundbesitz, Erbfolge und Güterrecht der Ehegatten (Berlin 1853) S. 17.

Leben gebraucht [52]). Wie aber im heutigen Recht das Freehold nur noch die Leihe auf Lebenszeit umfaßt und alle beschränkteren Leihen ausschließt, so besteht bei den Angelsachsen eine Gränze zwischen Bocland und dem beschränkteren Pachtbesitz, wenn ich auch nicht zu behaupten wage, daß die Gränze hier und dort völlig zusammenfällt [53]). Die Urkunden erwähnen keiner Leihen auf bestimmte Zeit und Widerruf. Eine Leihe auf unbestimmte Zeit (at will) konnte namentlich dann vorkommen, wenn der Leiher kein Erbrecht am Gute hatte [54]). Eine ähnliche eigenthümliche Leihe schuf die Geistlichkeit, welche überhaupt auf die Fortbildung des Privatrechts von größtem Einfluß war, indem sie bei Schenkungen an die Kirche vorerst nur die Urkunde in Händen nahm und dem Schenker einen lebenslänglichen Nießbrauch ließ. Kam da der Verleiher etwaigen Verbindlichkeiten nicht nach, oder verwirkte das Gut durch Vergehen, so trat der Beliehene kraft der Urkunde unmittelbar in den Besitz [55]).

---

52) Urkunde Nr. 1062., Vergl. Nr. 1058 mit dem lateinischen Ausdruck beneficium für das vorbehaltene Leibrecht des Schenkers bei der Schenkung an eine Kirche.

53) Daß die Gränze des bocland in das laenland hereinfalle, hat Kemble wohl gefühlt, indem er sich bezüglich der Leihen auf Lebensdauer äußert, daß dieselben gewissermaßen Boclandbesitz übertrügen, obwohl sie streng genommen Lehnbesitz gäben (though to a certain extent they conveyed estates of bocland, gave, strictly speaking, laen or beneficiary tenures). Siehe I. p. 311 a. a. O. Dennoch hält er am Begriff des Boclandbesitzes als estate of inheritance fest (I. p. 308). Maurer hat ihn wegen dieser Unbestimmtheit (a. a. O. S. 115) mit Recht getadelt, ohne ihn jedoch genau zu fassen, da Maurer für das heutige Recht kein Auge hat, mit dessen Begriffen Kemble operirt. Zum Verständniß englischer Schriftsteller ist aber die Kenntniß der dortigen juristisch technischen Terminologie, welche namentlich beim Landgüterrecht so fein ausgebildet ist, nicht minder nöthig, als die der Sprache.

54) Wenn der Verleiher einen lebenslänglichen Nießbrauch am Gute hatte, wie hauptsächlich der Besitzer von folcland im engern Sinn (ager publicus), so kann der Unterbesitzer (after-tenant) in allen Fällen nur einen precären Besitz (tenancy at will) haben. Siehe Kemble I. p. 311.

55) Cod. dipl. Nr. 328. Der lateinische Ausdruck für das Rechtsverhältniß war praestaria. Kemble (I. p. 314) hat hierbei auf die in den

In engerer Bedeutung ist Länland ein Dienstland unter persönlicher Verpflichtung zu Gehorsam von Seite des Beliehenen gegen den Verleiher als Obereigenthümer (hlaford), insbesondere unter Verpflichtung zu niedrigen Diensten. Im Allgemeinen ist hier ein Besitzrecht von beschränkter Dauer gewöhnlich, und namentlich ist der Uebergang auf den Erben in allen Fällen von der Einwilligung des Oberherrn abhängig [56]). Das Dienstland im engern Sinn steht in innigem Zusammenhang mit den herrschaftlichen Gütern (manors) oder Immunitäten, auf welche hier nicht weiter eingegangen werden kann. Hier ist nur noch zu bemerken, daß wir bei Besitzern von Länland strenge zwischen freien und unfreien Besitzern unterscheiden müssen. Die Dienste waren durch Herkommen höchst mannigfaltig geregelt und bedingten wiederum verschiedene Abstufungen oder Stände von Länlandbesitzern. Als solche Abstufungen erscheinen in den Rectitudines singularum personarum der geneath, der cotsetla und der gebur. Dienst oder Rente ist durchaus geregelt und wohl nur für Freie festgestellt. Der Cotsetla wird ausdrücklich frei genannt. Der gebur hat die schwersten Dienste zu leisten, erhält aber auch zum Anfang ein Gespann Ochsen, eine Kuh und sechs Schafe und sieben acres (Morgen) besäetes Land. Die Rente wurde erst ein Jahr nach Uebernahme des Hofs fällig. Ueberdieß erhielt er die wirthschaftlichen Geräthe und die Hauseinrichtung [57]). Im Allgemeinen scheiden sich die Dienste

Urkunden Nr. 429, 754, 1351 und 1354 §. 6. enthaltenen Fällen aufmerksam gemacht. Es ist die precaria der fränkischen Urkunden unter den Merowingern. Siehe Paul Roth, Geschichte des Benefizialwesens (Erlangen 1850) S. 256 und 265.

56) Cod. dipl. N. 317. Bei Folcland im engern Sinn liegt das Obereigenthum im Staate.

57) Kemble (I. p. 320) hat auch Gewohnheitsrechte mitgetheilt, wie sie durch Weisthümer festgestellt sind, insbesondere auf den Manors Diddenham, Strät, Middleton, Kingston, Bishopsthun, Lancawet. Wir erfahren da nicht nur die einzelnen Lasten, sondern auch, wie viel Land als inland (dominium) vom Oberlehnsherrn selbst bewirthschaftet, und wie viel als upland ausgeliehen worden. In Diddenham sind von 30 Hiden 21 ausgeliehen. Dergleichen Dienstverhältnisse bestanden auch auf den herrschaftlichen Höfen in Deutschland. Ich verweise hier nur auf ein Weisthum des Gerichts in der Rohrbuch aus dem 14. Jahrh.,

in gemessene und ungemessene, welche letztere insbesondere bei Unfreien vorkommen [58]). Der auf dem Lande lastende Dienst bestimmte jedoch nicht die persönliche Freiheit des Besitzers [59]). Erst nach der Eroberung erscheinen die gemeinen Freien (ceorls) mit den Unfreien auf gleicher Stufe [60]).

Nachdem nun der Begriff von Boclandbesitz festgestellt und von dem Folc- und Länland abgegränzt worden, ist nur noch die Frage der Entstehung desselben zu berühren. Die ersten Verbuchungen fanden ohne Zweifel bei Rechtsgeschäften statt, wo die Kirche betheiligt war. Die Geistlichen hatten ja bei dem damaligen Stande der Kultur fast allein die Kenntniß, welche die Errichtung einer öffentlichen Urkunde erforderte. Sie vertraten vom Anfang an in England die Stelle der tabelliones oder Notare auf dem Festlande. Eine gewöhnliche Veranlassung der Errichtung von öffentlichen Urkunden boten die Leihen vom Staatsland (ager publicus, Folcland im engern Sinn) an die Kirche oder an Laien zum Zwecke der Errichtung von Klöstern. Bei diesen Leihen war die Befreiung

---

erwähnt bei Anton, Geschichte der deutsch. Landwirthschaft (Görliz 1799), Band 3. S. 58.

58) Nach der normännischen Eroberung erscheint dieser Unterschied bestimmter als Besitz in pure villenage und in villain soccage, wovon der erstere mit ungemessenen Diensten belastet ist. In ähnlicher Weise scheiden sich bei den Angelsachsen vielleicht schon laet und esne von peon oder wealh.

59) Der Satz Braktons: tenementum non mutat statum liberi non magis quam servi (fol. 26) ist sicher altes Recht.

60) Domesday unterscheidet genau servi (im Ganzen 25,156) sochemanni (23,072), villani (108,407), bordarii (82,119), cordarii (5,045), walenses (111), und erwähnt noch andere seltenere Modificationen. Siehe H. Ellis, introduction to domesday book (1853) II. p. 514. Später gibt es, abgesehen von den villains in gross, die persönlich unfrei und veräußerlich waren, nur eine Classe der villains regardant (glebae adscripti) mit ungemessenen Diensten). Ellis, a. a. O. I. p. 81. Das Besitzrecht in villenage wurde durch das Statut Karls II. aufgehoben, während das Copyhold zurückblieb. Sir Thomas Smith (unter Edward VI.) bezeugt — de rep. III. c. 10 — daß es zu seiner Zeit keinen villain in gross mehr gab, und villains regardant fanden sich nur noch einzelne auf den Gütern der Geistlichkeit. Amos Note zu Fortescue c. 42.

des Lands von den gemeinen Lasten gewöhnlich [61]) und später jedenfalls die Befreiung von den schwereren, mit Ausnahme der trinoda necessitas, die Regel [62]). Es liegt in der Natur der Sache, daß auch die Besitzer anderer Grundstücke diese Befreiungen von Lasten zu erlangen und diese Befreiungen sich durch Urkunden zu sichern suchten. Die urkundliche Feststellung eines Rechtsgeschäfts hat auch schon an und für sich einen Werth, da die Urkunde ein geeigneteres Mittel ist, den Beweis des Rechtstitels des Besitzers zu bewahren, als das Zeugniß im Gemot [63]). Eine juristische Bedeutung gewann die Errichtung öffentlicher Urkunden bei der Uebertragung von Land erst mit der Ausbildung der königlichen Prärogative. Wie wir da allmälig den Namen Königs-Thegen, der Anfangs einen speciellen Stand bedeutet, immer allgemeiner werden sehen, so daß zuletzt jeder Freie als Thegen (Unterthan) erscheint; so

61) Tunc rex Osuiu — dedit filiam suam Aelfledam — perpetua ei (Deo) virginitate consecrandam: donatis insuper duodecim possessiunculis terrarum, in quibus ablato studio militiae terrestris, ad exercendam militiam caelestem — devotioni sedulae monachorum locus facultasque suppeteret. Baeda, hist. eccl. III. c. 24.

62) Siehe Kemble, a. a. O. I. p. 301 u. f.

63) Bezüglich der Einrichtung einer Urkunde wird hier lediglich auf Kemble's werthvolle Einleitung zu dem Cod. dipl. verwiesen. Die Errichtung der Urkunden bildete in der sächsischen Zeit, nicht minder als jetzt, eine selbstständige Doktrin. Eine öffentliche Urkunde bestand in der Regel aus sechs Theilen: Anrufung Gottes, Einleitung, Bewilligung, Sanction, Datum und Beglaubigung (Zeugniß, Unterschriften). Der juristisch wichtigste Theil ist die Bewilligung oder Verleihung (grant), der die Bedingungen enthält, unter welchen das übertragene Land besessen wird. Die Sanction besteht in der Androhung ewiger Strafen und Excommunication für den Fall der Verletzung des Inhalts des Vertrags. Die Beglaubigung erfolgt durch eine bald größere bald geringere Zahl von Zeugen, deren Namen immer das Zeichen des Kreuzes voransteht. Die Namen wurden von derselben Person, welche die Urkunde schrieb, beigesetzt. Von den jetzigen öffentlichen Urkunden (charters, deeds) unterscheiden sich die sächsischen vorzüglich durch den Mangel der Siegelung, welche erst durch normännischen Einfluß seit Eduard dem Bekenner aufkam. Siehe Palgrave, Proofs p. CCXV. Die Testamente sind nicht zu den Urkunden, deeds, zu rechnen, und werden leichter behandelt. Siehe das folgende Kapitel Note 127 a. E.

sehen wir gleichzeitig den Begriff von Bocland immer allgemeiner werden, bis er alles Besitzrecht zu freiem Eigen umfaßt. Bei der Ausbildung des Königsfriedens wird dann jeder Boclandbesitz in ähnlicher Weise vom König ausgehend betrachtet, wie das Länland im engern Sinn von Hlaford. Wie dann jeder Freie als Thegen (Unterthan) erscheint, so jeder Boclandbesitz als Freehold [64]), so daß Thegenrecht und Buchrecht sich entsprechen [65]). In diesem allgemeinen Sinn wird wohl schon in den Gesetzen Eadgar's des Thegen Inland dem Geneatland entgegengesetzt [66]). Neben der Entwicklung des Freehold geht auch die des Verraths her, der in weiterer Ausdehnung zuletzt geradezu an die Stelle des Friedensbruches tritt, und die Entwicklung des Verbrechensbegriffes vermittelt, entsprechend der Felonie des Lehenrechts. Wie bei der Felonie die Confiskation des Vermögens die Folge ist, so ist auch schon bei dem Verrath im angelsächsischen Recht die Einziehung der Güter gewöhnliche Folge des Verbrechens. In den Gesetzen wird da der Friedebrecher einfach als Feind des Königs erklärt, der da Alles verlieren soll, was er hat [67]). Der Grundbesitz fällt bei Länland im engern Sinn an den Hlaford, bei Bocland an den Hlaford des Volkes, den König [68]). So lange der Begriff des

64) Siehe H. Ellis I. p. 45. »Thani inferiores are said to have made up the lowest class of freeholders.« In zwei Urkunden Heinrichs I. (siehe Palgrave Proofs CCCLXXXI) entspricht dem Ausdruck Thegen das dem englischen Recht sonst fremde Wort allodarius. Hievon ist eine Urkunde lediglich die Bestätigung einer ältern von Eduard dem Bekenner.

65) In den Rectit. sing. pers. heißt es ausdrücklich: des Thegen Recht ist, daß er buchrechtwürdig sei (his bocrihtes wyrdhe).

66) Eadg. 1.

67) Aethelst. I, 26. Eadm. S. 1 und 6. Das heutige Recht unterscheidet geringere Vergehen (offences) von den Verbrechen, welche durch indictment eingeleitet werden. Diese zerfallen in felonies und misdemeanors. Die Fälle des Verraths sind in den felonies begriffen, obwohl nicht umgekehrt felony immer auch treason ist.

68) In der unklaren Stelle Jud. civ. Lund. c. 1. §. 1. wird dem Landhlaford die Hälfte Land, die andere der Gemeinde zugesprochen. Nach Aethelr. I. §. 1. enthält der König alle Witen bei Verbrechen von Boclandbesitzern. Cnut. S. §. 113. enthält aber zunächst für Westsachsen und Mercien den entschiedenen Grundsatz, daß bei Friedens-

Freehold noch nicht vollkommen festgestellt war, läßt sich erwarten, daß diese Gütereinziehungen leicht zu Uebergriffen gegen Obereigenthümer, Heimfallsberechtigte oder Anwärter führen mochten, indem auch bei Leibrecht, bei Buchleihen auf ein oder mehrere Leben und Erben statt des Interesse oder der Renten das Land selbst eingezogen wurde. Nur hieraus ist es erklärlich, warum namentlich die Geistlichkeit bei Leihen dieser Art, wo nach zwei oder mehreren Leben und Erben der Heimfall vorbehalten oder die Anwartschaft einem Andern verliehen war, ausdrücklich die Clausel in die Urkunde aufnahm, daß bei Verbrechen des Besitzers, was sich schon von selbst verstand, das Land nicht verwirkt sein soll [69]. Ob übrigens diese Klausel die Wirkung hatte, die Verwirkung gänzlich auszuschließen, ob überhaupt eine Verwirkung nur auf die Dauer des eingeräumten Besitzrechts bei den Angelsachsen stattfand, läßt sich nicht sicher entscheiden. Es ist jedoch wahrscheinlich, daß diese feineren Unterscheidungen des Rechts der Verwirkung einer späteren Zeit angehören [70].

---

brüchen der König Gewalt habe, und wenn der Verbrecher Bocland hat, so sei es verwirkt, wessen Mann er auch sei (and sethe utlages veorc gevyrce. vealde cyning se thaes frithes. and gif he bocland haebbe. sy thaet forvorht tham Cyning to handa. sy thaes mannes man the he sy). Nach Cnut. S. 78. nimmt der hlaford alle fahrende Habe (fo to tham aethan) und das Land, das er ihm geliehen hat (and to his land the he him aer sealde). Das Bocland fällt an den König. Die Urkunde Nr. 328. enthält einen solchen Fall, wo der Obereigenthümer, der die Urkunde eines ausgethanen Landes in Händen hat, in Folge eines Diebstahls des Beliehenen wieder in den Besitz tritt.

69) Die Urkunden des Bischofs Oswald vom Jahr 962—969, welche diese Clausel enthalten, fallen in die Regierungszeit des Königs Eadgar, also in eine Zeit, wo obiger Grundsatz noch nicht entschieden gesetzlich ausgesprochen ist. Die Urkunde Nr. 494 enthält eine Leihe auf Lebenszeit des Beliehenen und eines Erben, die Urkunden Nr. 495, 509, 511, 531, 538, 540, 552 auf Lebensdauer des Beliehenen und zwei Erben. Es handelt sich also ohne Zweifel um Freehold. Die Formel lautet: vyrce thaet he gewyrce, thaet thaet land sie unforworht into thaere halgan stowe.

70) Das Recht der Verwirkung (forfeiture) bei Verbrechen hat überhaupt erst in neuerer Zeit mit dem Statut 54 Georg. III. c. 145 einen gewissen Abschluß erhalten. Ich verweise bezüglich derselben und be-

Die Ausbildung des Buchrechtbesitzes steht in innigem Zusammenhang mit der Entwicklung der gesammten Staatsverfassung, deren innere Bewegung erst bei dem Gerichtswesen durchsichtig wird, auf welches hier noch nicht eingegangen werden kann. Das Resultat dieses geschichtlichen Verlaufs im Ganzen ist für das Privatrecht die Feststellung des Begriffes Freehold oder freies Eigen. Während das römische Recht nur die absolute Berechtigung, die Ausschließlichkeit und unbedingte Geltung gegenüber dem Dritten beim Eigenthum betont, dagegen das Lehenrecht die Verbindung mit der Staatsgewalt hervorhebt, aber in so schroffer Weise, daß das Eigenthum selbst als Theil der Souveränität erscheint [71]: sehen wir schon bei den Angelsachsen den inneren Zusammenhang des Privateigenthums mit der Staatshoheit harmonisch hergestellt, wenn auch erst in späterer Zeit das Besitzrecht, welches den Mittelpunkt

---

züglich des Unterschieds von escheat auf Stephen IV. p. 495 und I. p. 422, wobei ich nur noch bemerke, daß auch Blackstone die escheat nicht für sächsisch hält. — Ein deutscher Schriftsteller, Maurer, a. a. O. S. 116, hat sich, um die gesetzliche Vorschrift der Einziehung des Boclands zu erklären, verleiten lassen, eine ganz seltsame Hypothese über Bocland aufzustellen. Das charakteristische Merkmal desselben soll darin bestanden haben, daß bei der Verleihung zu Buchrecht jederzeit das ganze dingliche Recht des bisherigen Besitzers auf den neuen Erwerber übertragen wurde, während bei der bloßen Landleihe (d. h. wohl bei Länland) immer nur das Nutzeigenthum überging, das Obereigenthum dagegen in der Hand des Verleihers verblieb. Diese Erklärung, welche übrigens mit früheren Bemerkungen (S. 113) im Widerspruch steht, hebt die Qualität des Buchlandbesitzes ganz auf, weil dieser dann eben jeder beliebige des Verleihers sein kann. In den Urkunden, welche Verwahrung gegen die Verwirkung enthalten — die Maurer aber für rechtsungültig hält — wird den Uebertragungen nicht das Veräußerungs- und beliebige Erbrecht, wie es der Verleiher hat, verliehen, vielmehr nach ein oder zwei Erben einer Kirche die Anwartschaft eingeräumt. Es geht deßhalb nicht das gleiche Recht, wie bei dem heutigen assignment, auf den Beliehenen über, sondern ein getheiltes, und es erscheint deßhalb die unbedingte Einziehung des Buchlands noch keineswegs gerechtfertigt oder erklärt.

71) Hier muß auf Laboulaye's geistvolle Schrift: hist. du droit de propriété foncière en Occident (Paris 1839) p. 149 und 389 verwiesen werden. »Le fief fut une propriété souveraine.«

des Gattungsbegriffs Freehold bildet, das gemeine Erbgut (fee simple) seine heutige bestimmte Gestalt erhält, das weder mit dem Lehen, noch mit dem Allod zusammengestellt werden kann, sondern eine höhere Bildungsform ist. In andern Rechten findet sich keine entsprechende Erscheinung, auch nicht in den nordischen. Während bei den Angelsachsen bald alles Allod im Bocland aufgeht, und der Ausdruck Edhel, das alte Familiengut, in den Gesetzen gar nicht vorkommt und frühzeitig ganz verschwindet, wurde im Norden das Odalsrecht in seiner alten Unabhängigkeit gegen die Staatshoheit festgehalten und am Ende sogar gesetzlich gesichert [72]).

Wirft man einen vergleichenden Blick auf die Geschichte des Lehnwesens auf dem Continent, so fällt als charakteristisches Merkmal der Entwicklung des englischen Landgüterrechts in die Augen, daß hier der König nicht sowohl als Obereigenthümer, sondern vielmehr nur als oberster Schützer und Gewähre des Grundbesitzes erscheint, vermittelt durch die Mitwirkung d. h. durch das Zeugniß der Gemeinde im Hundert und in der Scire. Wir haben keinen Grund, die Verbuchungen von Land auf den Königshof zu beschränken, wenn auch hier die Buchleihen an die unmittelbaren Thegen des Königs als Ausgangspunkt der Verallgemeinerung der Verbuchungen gedient haben. Schon die Gesetze Alfred's erwähnen die Mitwirkung des Königs bei Buchland, obwohl es sich um bloßen Privatbesitz handelt. Gegen Ende der sächsischen Periode scheint es auch häufig geworden zu seyn, daß Grundbesitzer ihr Land dem König commendirten, um es als Buchland zurückzuempfangen und sich so des Königsschutzes zu versichern. Die Commendationen standen aber in inniger Verbindung mit der gerichtlichen Polizei, wie Anfangs wohl

72) siehe Maurer a. a. O. S. 119 und 120. Bemerkenswerth ist hier die Aufhebung des Odalrechtes durch König Harald in Norwegen, die aber von der angelsächsischen gänzlich verschieden ist. Ich verweise auf K. Maurer's schätzenswerthe Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens. 1. Heft. Die Entsteh. des Isländ. Staats und seine Verfassung (München 1852) S. 21 u. f. Das fränkische munus regium unter den Merowingern bietet keinen Vergleichungspunkt. S. hierüber P. Roth, Gesch. des Benefizialwesens S. 210 u. f. Erst die spätere Zeit unter Karl dem Kahlen vor Eintritt der Feudalperiode bietet eine der angelsächsischen nicht ganz unähnliche Entwicklung des Güterrechts, wo die Ausdrücke Lehen und Allod ineinander übergehen. Guizot, essais sur l'histoire de France (Paris 1823) p. 119.

auch auf dem Continent [73]). Die Mitwirkung des Königs bei den Güterleihen ist da durchaus keine lehnrechtliche, sondern eine mehr nur formelle zum Zeugniß. Auf gleiche Weise verhält es sich mit der Zustimmung der Witan, die in den Urkunden so oft erwähnt wird [74]). So ähnlich nun die ganze Entwicklung in England der lehnrechtlichen auf dem Continent ist, in der Weise, daß am Ende der sächsischen Zeit gewissermaßen kein Land ohne Hlaford (nulle terre sans signeur) ist [75]); so besteht doch ein principieller Unter=

---

73) Ueber die Commendationen s. Palgrave, Proofs CCCLIX. Kemble erwähnt die Commendationen bei der Entwicklung des Buchlands gar nicht, obwohl er anderswo lehnrechtlichen Anschauungen zuviel nachgiebt. Domesday erwähnt ausdrücklich freie commendati und vielfache Modificationen der Commendation. Siehe hierüber Ellis a. a. O. I. S. 63. Zu den freien commendati gehören wohl auch noch die privilegirten villani auf den königlichen Domänen zur Zeit Braktons. Sie werden ausdrücklich als Freie vor der Eroberung bezeichnet, deren Stellung auf Vertrag beruht, und die nicht nur buchberechtigt sind, sondern auch — was das sicherste Zeichen des freien Eigens ist — einen Anspruch auf Assise haben. Est etiam aliud genus hominum in manerio domini regis et tenent de dominico et per easdem consuetudines et servitia villana, — nec sunt servi nec fuerunt in conquestu — sed per quandam conventionem, quam cum dominis fecerunt, et itaque quidam eorum cartas habent et quidam non. Et qui si a talibus tenementis ejecti fuerint, seisinam recuperabunt (sed secundum quosdam) per assisam. — fol. 7.

74) Kemble hat sich viele Mühe gegeben, die Einwilligung der Witan zu erklären. Handelte es sich in allen Fällen, wo die Urkunden der Zustimmung der Witan erwähnen, um eine Leihe von Folcland im engern Sinn, so wäre die Nothwendigkeit ihrer Zustimmung leicht erklärlich. Unzweifelhaft handelt es sich aber hierbei oft um Privatland, Familiengut oder selbsterworbenes Eigen. Kemble stellt daher (Cod. dipl. I. p. CVI) die Hypothese auf, daß die Clausel ihrer Zustimmung aus einer Zeit herrühre, wo es sich stets noch um öffentliches Land handelte. Anderswo (The Saxons in E. I. p. 305) scheint er bei der Zustimmung der Witan immer das allgemeine Gemot derselben vorauszusetzen. Es ist aber sicher meist nur an die Witan im Scirgemot zu denken, wie schon aus der gleichzeitig so häufigen Erwähnung des Aldermanns hervorgeht. S. die oben in Note 68 erwähnten Urkunden Oswalds. Maurer hat diese schwierige Frage, nebenbei bemerkt, ganz umgangen.

75) G. Spence, equit. jurisdict. I. p. 48.

schied [76]). Weit entfernt, daß in England der Grundbesitz gefesselt wurde, trat vielmehr eine zu große Mobilisirung desselben ein. Das alte Familiengut verschwand und bei der Anhäufung des Grundbesitzes in wenigen Händen verlieren sich die gemeinen Freien unter den Pächtern und Hintersassen. Das allgemeine Zusammenbrechen der Gesellschaft in der Zeit Aethelred's hatte aber seinen tieferen Grund in der Lockerung der alten gemeindlichen Organisation des Landes, und hieraus erklären sich zunächst, wie Kemble wahr bemerkt, die Erfolge Swegen's, Cnut's und später Wilhelm's des Normannen [77]), mehr als aus den verlornen Schlachten.

Ich habe nun das Grundeigenthum, dessen Uebertragungen, Verleihungsbedingungen und Besitzverhältnisse weitläufig genug dargestellt, und zugleich angedeutet, in welcher inniger Wechselbeziehung das Landeigen mit dem ganzen Verfassungsbau steht. Um die staatlichen Einrichtungen irgend eines Volkes würdigen zu können, muß man die verschiedenen socialen Bedingungen und ihre Wechselwirkungen kennen, und um die verschiedenen socialen Bedingungen zu begreifen, muß man die Natur und die Verhältnisse der Besitzrechte kennen. Namentlich ist es das Landeigenthum, das, wie in neuerer Zeit am meisten Guizot betont hat, fast allein den Charakter und die Schicksale aller Existenzen, Rechte und Freiheiten bedingte [78]).

b. Es ist jetzt der Eigenthumserwerb an beweglichen Gegenständen, an fahrender oder lebender Habe darzustellen. Hiermit kommen wir zum Eigenthumsrecht im engern Sinn. Das Recht an liegenden Gründen ist der Natur der Sache nach immer nur ein Nutzrecht, Besitz und Gebrauch der Früchte, kein Verbrauch der Substanz. Es hat sich daher der Begriff des Eigenthums, als unbedingtes Verfügungsrecht, bei dem Rechte an Mobilien zunächst entwickelt, wie bei dem Rechte an Grundstücken der Besitz [79]).

---

76) Ich verweise hier auf M. Hallam's Widerlegung Palgrave'scher Ansichten in den Supplemental notes (1848) Note 137.

77) Kemble a. a. O. I. S. 307. Die Anhäufung des Grundeigenthums in wenigen Händen und die Umwandlung des kleinen Besitzes in Pachtgüter, dessen Holden sich des Schutzes der Mächtigen zu versichern suchten, tritt auf dem Continent schon am Ende des zehnten Jahrhunderts ein. Guizot, essais p. 181.

78) Guizot, essais p. 90.

79) Inwieweit dieses auch von der römischen Rechtsgeschichte gilt, wage ich hier nicht genauer zu berühren. Vieles spricht dafür, daß auch bei

Abgesehen von den zwei Haupterwerbsarten der liegenden Gründe, welche auch bei Mobilien gelten, die noch dazu oft nur als Pertinenz in Betracht kommen, findet sich bei Mobilien wieder eine doppelte Erwerbung, welche den Erwerbsarten bei liegenden Gründen entspricht und auf ähnlichen Grundsätzen beruht.

Vor Allem wird das Eigenthum an beweglichen Gegenständen demjenigen zugesprochen, der sich auf eine bestimmte Thatsache berufen konnte, welche gesetzlich des Beweises überhob. Unter Beweis wird hier zunächst Zeugenbeweis verstanden, Zeugniß im Gemote und Privatzeugniß. Die Bekräftigung der Klage mit Eid war aber keineswegs ausgeschlossen, sondern wurde gerade bei mangelndem Zeugenbeweis nothwendig, wie bei Darstellung des Prozesses genauer erörtert werden wird [80]). Solche Thatsachen waren, daß er die Sache in einer Erbschaft mitbekommen habe, daß das Thier auf seinem Eigen geboren und von ihm erzogen worden sei [81]), endlich wohl auch daß die Sache von ihm verarbeitet worden sei [82]).

---

den Römern possessio, usus, usu capio, das allgemeine Recht an liegenden Gründen war, wie die deutsche Gewere. Die Beschränkung der possessio auf den ager publicus, wie es seit Heyne und Niebuhr (Röm. Geschichte. Dritte Aufl. II. S. 146 u. f.) geschieht, erlaube ich mir nicht hier anzugreifen, da sich hieraus die Entstehung der späteren eigenthümlichen Besitztheorie der Kaiserzeit immerhin am besten erklärt. Siehe v. Savigny, Recht des Besitzes. (6. Aufl.) §. 12 a.

80) Dasselbe gilt wohl auch für die Volksrechte des Continents. Die wichtigste Stelle, L. Bajuv. tit. 15 cap. 11, spricht nur vom Schwören, nicht vom Zeugniß. Vergl. Eichhorn, deutsche Staats- und R. Gesch. §. 59 b und Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen S. 226 u. f. Diese sprechen von Beweis im Allgemeinen, welcher über die Thatsachen zu führen sei, verstehen aber hierunter zunächst den Eid.

81) Oaths. 3 — And sva ic orf haebbe. sva hit of minum agnum thingum com. and sva hit on folcriht min agen aeht is and min infoster. Aethelst. I. c. 9 — und wenn er es sich eignen (geagnian) will, so ernenne man ihm zehn Männer und von diesen nehme er zwei und schwöre, daß es auf seinem Eigen geboren war, ohne Reimeid; und dieser Küreid gelte wenn es über 20 Pfennige ist. Endlich L. Wilh. I. 21 a. E.

82) Ang. L. Bajuv. tit. 15 cap. 11 und Sächs. Landr. II. 36. §. 3. „Spricht aber jene da wider, ab ez lachen ist, her hab ez geworcht lazen, oder ab ez ein phert ist oder vihe, her hab ez in sime stalle geczogen, her muz ez mit mereme rechte behalden, jener der ez in geweren hat,

Man sieht, es sind Erwerbsarten, welche wie die Erwerbung durch Erbgang der Occupation sich anschließen. Der Grundgedanke des Gesetzes bei Annahme des Eigenthums ist aber offenbar nicht der, daß die Ergreifung eines herrenlosen Gegenstandes, der leere Besitz, geschützt werden müsse, sondern die Aufwendung von Arbeit und Mühe, sei es von Seite des Vorfahrs oder vom jetzigen Besitzer.

Von ungleich wichtigerer Bedeutung ist die zweite Erwerbsart des Eigenthums an beweglichen Gegenständen, nämlich durch außergerichtliche Uebertragung in Beiseyn von Zeugen. Hierüber enthalten die Gesetze viele Bestimmungen. Die außergerichtliche Uebertragung stellt sich erst als Ausnahme dar, da die Stätte der Gerichtsverhandlungen auch der gewöhnliche Markt war [83]. Die kentischen Gesetze erwähnen außergerichtliche Uebertragungen nur als für Lundenwic gültig. Hier werden zu Zeugen zwei oder drei Freie (Ceorls) oder der Königsgerefa gefordert [84]. Nach den westsächsischen Gesetzen von Ine und Aelfred scheint die außergerichtliche Abschließung von Geschäften mit Zeugen nur Kaufleuten gestattet gewesen zu seyn [85]. Ehe sie ihre Handelsreisen antraten, mußten sie nach Alfred's Gesetz im Folegemot die Zeugen, welche sie mit sich nehmen wollten, benennen und vom Königsgerefa bezüglich ihrer Glaubwürdigkeit prüfen lassen. Mit der Beiziehung von Zeugen bei Rechtsgeschäften steht in Verbindung, daß sich der Käufer gleichzeitig seines Gewähren zu versichern suchen mußte. Im Falle eines Eigenthumsstreits befreite den Käufer nicht etwa blos die Berufung auf Zeugniß; er mußte sich auch auf den Gewähren berufen, oder, wie es auf dem Continent heißt, die Sache an die dritte Hand ziehen. In dem Frieden Alfred's mit Guthrum wurde gefordert, daß jeder seinen Gewährsmann (getyman) wisse für Sklaven, Pferde und Ochsen [86]. Eadveard forderte dieses

ab erz selbe dirte siner gebure gezugen mag, den jener, der ez geanevanget hat." Die Zeugen sind hier Eidhelfer. Zahlreichere Beispiele gewähren die nordischen Rechte.

83) Aethelst. I. 12.

84) Hlothh. et Eadr. 16. Darüber, daß Lundenwic hier London sei, nicht Sandwich, wie Andere meinen, s. Chron. ann. 604 und Note in den Ancient laws.

85) Aelfr. 34 und In. 25.

86) Aelfr. et Guthr. 4. Geteama ist nicht blos der Züchter, der das Thier

allgemein ohne Einschränkung auf bestimmte Gegenstände, indem er bestimmte: „Und ich will, daß Jedermann seinen Gewährsmann habe und daß Niemand kaufe außer auf den gewöhnlichen Stapelplätzen (butan porte) und daß er das Zeugniß des Portgerefa oder anderer glaubwürdiger Männer habe" [87]). Aethelstan dehnte die Nothwendigkeit der Beiziehung von Zeugen auf alle Tauschgeschäfte aus [88]) und verbot den Kauf einer Sache außer Port, wenn sie mehr als 20 Pfennige werth war [89]). Letztere Bestimmung galt aber für Anglien und London nicht [90]). Neben dem Zeugniß des Gerefa gilt auch das des Hlaford oder Hordere oder eines

oder den Sklaven groß gezogen hat, sondern Gewähre im Allgemeinen (warrantus). Das Gewährschaftsverfahren ist deßhalb von dem Aneignungsverfahren unter Berufung der Partei auf die Thatsache, daß das Thier auf ihrem Eigen geboren sei, wohl zu trennen. Palgrave (Commonw. I. p. 188. u. f. Proofs CXIX) hat diese selbständige Bedeutung des Gewährschaftsverfahrens nicht beachtet, indem er sich durch sprachliche Gründe, wie es scheint, verleiten ließ. Team von teaman, tyman ziehen, erziehen heißt Zucht, s. Phillips, Angels. Recht §. 58. Note 539. In Sussex kommt das Wort noch vor bei einer Brut von Hühnern oder Enten. Palgrave a. a. O. In engerem Sinn ist es aber das Verfahren mit Gewähren und in späterer Zeit eine hieraus entspringende Abgabe, die der König, wie andere Immunitätsrechte, an Privaten verlieh. »Theam est quod si quisquam aliquid intertiet super aliquem, et intertiatus non poterit warrantum suum habere, erit forisfactura sua, et justitia simiter de calumniatore si defecerit.« So erklärt es Spelman. S. Ellis I. S. 276.

87) Eadv. 1. Port hat eine ganz allgemeine Bedeutung. »Portus est conclusus locus quo importantur merces et inde exportantur.« Siehe Note in den Ancient laws.

88) Aethelst. I. 10. Hvarfc heißt Tausch von hverfan, vertere, hveorfan, verti, reverti, wie aus den Glossarien von Ettmüller und Graff zu ersehen.

89) Aethelst. I. 12. Noch strenger wurde dieses von Wilhelm dem Normannen eingeschärft.

90) Aethelst. III. 2. und Judicia civ. Lund. X. Auf obige Bestimmungen weis't auch die bekannte Regel des gemeinen Rechts zurück, daß der Besitzer gestohlener Waaren, wenn er sie auf offenem Markt gekauft, vom Diebstahlsverdacht frei und der Kauf nicht nur unter den Contrahenten, sondern auch einem berechtigten Dritten gegenüber beständig ist. Ueber Ausnahmen von der Regel, siehe Stephen II. p. 67 und 68.

Priesters. Die Gesetze Edmunds erwähnen blos das Zeugniß von Beamten und Priestern bei Käufen; wir dürfen aber hier die Gültigkeit des Privatzeugnisses wohl voraussetzen [91]). Unter Eadgar erhielt das Zeugniß in Civilsachen eine festere Gestalt, indem eine bestimmte Anzahl beeidigter Männer (geaethedra manna) für jedes Burh und Hundert aufgestellt wurden. Solcher Eidmannen waren bei jedem Kauf ihrer zwei oder drei nöthig. In jedem Burh wurden 33, und wenn das Burh klein war, nur 12 ernannt, wie auch im Hundert [92]). Zugleich wurde eine neue Sicherheit für das Eigenthum [93]) damit geschaffen, daß jeder Eigner verbürgt seyn mußte. Dieses wurde namentlich unter Aethelred genauer geregelt und vom Erwerber nicht blos Zeugniß, sondern auch Bürgschaft gefordert [94]). Cnut bestimmte, daß ein Zeugniß von vier Männern nöthig seyn solle und zwar bei jedem Kauf einer Sache, welche über vier Pfennige werth sei. Ob die Sache auf dem Lande oder in einer Stadt (byrig) gekauft wurde, machte keinen Unterschied. Dieses galt überdieß von nun an sowohl „für liegende als lebende" Sachen [95]). Daß das von Eadveard gegründete Institut der Eidmannen unter den dänischen Königen wieder aufgehoben wurde, ist unwahrscheinlich, da diese kein Interesse hatten, es aufzuheben; das Schweigen der Gesetze aber rechtfertigt einen solchen Schluß nicht [96]). Mit den Zeugen, welche bei Rechtssprachen den Gerefan zugetheilt sind [97]), scheinen diese Eidmannen nicht zusammengestellt werden zu dürfen.

---

91) Eadm. c. 5.

92) Eadg. Supl. 3—6.

93) „Damit jeder, arm und reich, besitzen (agan) möge, was er mit Recht erworben", heißt es ebendaselbst c. 2.

94) Aethelr. I. 3. And thaet nan man ne do nathor ne ne bycge ne ne hvyrfe buton he borh haebbe and gevitnesse. Ferner Aethelr. II. 8. 9. III. 6. — Vgl. Capit. Car. M. ann. 806 (bei Walter II. S. 222) §. 3. Ut nullus comparet caballum, bovem et jumentum vel alia, nisi illum hominem cognoscat, qui eum vendidit, aut de quo pago est, vel ubi manet, aut quis est ejus senior.

95) Cnut. S. 24.

96) Anderer Meinung ist Palgrave I. p. 191.

97) Eadv. 5. Aethelst. IV. 1.

Zweites Kapitel.

Ursprüngliche Identität von Erwerbsart und Erwerbsgrund. Fortbildung der Uebertragungsformen, gesondert bei Landeigen und Obligationen. a. Das spätere und heutige Recht der Gutsübertragung (conveyance) insbesondre das Feoffment mit Besitzübertragung (livery of seisin). Die lehnrechtliche seisina. Die Ersitzung. Das Eigenthum nach dem Nutznießungsstatut (st. of uses). b. Die Verträge, Schenkung und Assignment, insbesondre der Kauf. Die Vertragsform und das Pactum nudum. Die Form der Tradition und die Schrift. Die Erkenntlichkeit. Vestimenta und causae. Das realistische Moment der Verträge. Grundgedanke der Vertragsformen. Abweichende Entwicklung auf dem Continent. Forderung und Schuld. Rückblick auf das gesammte Eigenthumsrecht.

Wir haben jetzt die verschiedenen Arten (titles) der Eigenthumserwerbung, sowie die verschiedenen Besitzrechte, insbesondre die Rechte (tenures, estates) an liegenden Gründen dargestellt. Ueberblicken wir die einzelnen Arten des Eigenthumserwerbs bei den Angelsachsen, so haben sie das miteinander gemeinsam, daß bei ihnen, wie bei den Germanen überhaupt, sowohl bezüglich der liegenden als der lebenden Habe der Grund des Erwerbs untergeordneter Natur ist. Dafür wird alles Gewicht durch Forderung des Beweises und solenner Formen darauf gelegt, daß der Uebergang des Eigenthums auf eine Weise vor sich gehe, welche künftigen Streitigkeiten darüber vorbeugt. Als alleiniger Grund zur Ueberhebung des Beweises erscheint die von den Eltern ererbte Gewere als prima facie evidence. An das Erbe schloß sich die Arbeit an beweglicher Habe an. Wo diese Gründe der originären Entstehung des Eigenthums unmittelbar durch das Gesetz (by act of law) nicht angeführt werden konnten, wie bei derivativem Erwerb (by purchase) — wozu wir die Universalsuccession nicht rechnen — da war nur das Zeugniß, gerichtliches mit oder ohne Urkunde bei liegender Habe, außergerichtliches bei beweglichem oder persönlichem Eigenthum, entscheidend. In allen Fällen kam es auf die öffentlich kundgegebene Willenserklärung der Parteien, nicht auf die Thatsache des Besitzes oder der Uebertragung des Eigenthumsobjektes an. Der gesetzlich erklärte Wille wog mehr, als der juristische Grund [98]).

---

98) Die Behauptung Eichhorn's (I. §. 59 b), daß eigentlich nie auf einen Grund der Erwerbung zurückgegangen wurde, ondern daß der Beweis

Wer das Zeugniß der Scire und bei Mobilien Privatzeugniß für sich hatte, der hatte gesetzlichen Klaggrund, mochte er im Besitze gewesen seyn oder nicht. Die Kathegorie des Rechtsgeschäftes, worauf sein Klagerecht ruhte, war gleichgültig; nur die Form der Uebertragung des Rechts war der entscheidende Act. Die Art (modus) der Eigenthumserwerbung enthielt den Grund (titulus) derselben in sich, war mit ihm identisch [99]). Die nothwendige Rücksicht auf den Beweis, welche die Solennität des Rechtsgeschäfts forderte, verlieh aber dem Eigenthumsübergang seinen selbständigen Charakter. Intervenire debet solennitas in mutatione liberi tenementi, ne contingat donationem deficere pro defectu probationis [100]). Wir werden jetzt die weitere Fortbildung dieser Grundsätze für Landeigen und Obligationen betrachten.

a. Bei der Landesübertragung zu freiem Eigen ist die Form der Leihe, wie wir gesehen haben, ursprünglich die Werung mit oder ohne Verbuchung. In der lehnrechtlichen Periode nach der normännischen Eroberung tritt an ihre Stelle das feoffment mit Besitzübertragung (investitura, livery of seisin) [101]). Der Grundsatz, daß zur Uebertragung eines Freehold die Tradition wesentlich sei, hat vor Allem die innere Structur des englischen Vermögensrechts bedingt und ihm überhaupt erst Form und Gehalt gegeben. Folge der Lehre der livery of seisin ist, daß auch ein künftig beginnendes Freehold, eine Anwartschaft, nicht ohne Tradition geschaffen werden kann. Die Kette des Besitzes darf nicht unterbrochen

---

eines rechtlich geschützten Besitzes (oder vielmehr der Werung) dessen Stelle vertrat, geht zu weit. Siehe dagegen C. G. Bruns' vortreffliches Buch, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tüb. 1848. S. 291.

99) Die Urkunden bedienen sich daher stets, welches Rechtsgeschäft auch in Frage stehe, solcher Ausdrücke, welche zu dem Begriffe der Tradition, Leihe oder Schenkung im Allgemeinen gehören, wie: dono, dabo (do), concedo, attribuo, largior, transcribo, cedo, trado, mancipo u. dgl.

100) Bract. fol. 31 b. Littlet. sect. 59.

101) Littlet. sect. 59. Der römische Satz für die Entstehung des dinglichen Rechts: Traditionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur l. 20 C de pactis (2. 3) vgl. l. 50 D de rei vind. (6. 1) ist sonach für die Entstehung jedes Rechts an Immobilien verallgemeinert. Siehe Bract. fol. 38 b. und 61 b.

werden. Wenn daher erst ein Besitz auf Zeit eingeräumt wird, so muß doch, wenn das Recht des Anwärters auf Freeholdbesitz wirksam seyn soll, dem Pächter tradirt werden. Mit dem Erforderniß der Tradition hat sich die gesammte Technik des römischen Besitzrechtes dem altenglischen Eigenthumsrecht eingefügt. Von da an trat nun zwar die strengste Unterscheidung zwischen Besitz (seisin) und Eigenthum ein; aber keineswegs erfolgte deren gänzliche Trennung, wie sich erst im Prozesse genauer ergeben wird [102]).

Mit dem Erforderniß der Tradition hat übrigens das alte Vermögensrecht seinen Charakter in der Hauptsache nicht geändert. Wie bei der Verbuchung der Angelsachsen die Werung unter dem Zeugniß der Scire das Wesentliche war, so war auch bei der Tradition (livery of seisin) die Oeffentlichkeit, die Auflassung vor offenem Gericht, die Hauptsache, und die Urkunde, die hinzutreten konnte, aber nicht mußte, blieb ihr untergeordnet. Charta sine seisina nuda [103]). Kam aber zur Urkunde nicht die solenne, förmliche Tradition, so hatte der Besitzer nur einen widerruflichen Besitz, ähnlich wie bei der praestaria der Angelsachsen, wenn bei Buchlandübertragung der Eigner die Urkunde zurückbehielt. Bei der Tradition müssen wir zugleich wie bei der Werung des alten Rechts Zeugniß voraussetzen. Dieses folgt schon aus der Verfassung des mittelalerigen Englands im Allgemeinen, wo die Theilnahme des Volkes am Gerichte sich von selbst verstand. Auch müssen wir dieses nach den Quellen annehmen, aus denen jene Maxime der förmlichen Tradition stammt. Das älteste Gesetz, von dem die Maxime ausgegangen und nach England übertragen worden

102) Brakton, der die Besitzlehre zuerst mit völliger Einsicht in die römische Theorie dargestellt hat, handelt hievon im zweiten Buche vom Eigenthumserwerb (de acquirendo rerum dominio) lediglich in Rücksicht auf die Tradition bei der Güterleihe (donatio). (cap. 17 u. f.).

103) Bract. fol. 38b. — nunquam valebit donatio nisi tunc demum, cum fuerit traditio subsequuta et sic poterit charta esse vera, sed sine facta seisina nuda. Vgl. fol. 33b. Et fiunt aliquando donationes in scriptis sicut in chartis ad perpetuam memoriam propter brevem hominum vitam, et ut facilius probari possit donatio. Et tamen nihilominus valet, licet scriptura non intervenerit, dum tamen alias habeat probationes.

ist, das Gesetz Constantin's fordert schon Zeugniß [104]). Ebenso folgt es aus dem Lehnrecht des Continents, das hier vielleicht die nächste Quelle war [105]). In England findet sich der Grundsatz erst bei Glanvilla [106]), nachdem unter König Stephan die Kenntniß des römischen Rechts zugenommen, zunächst für die Schenkung. Die Schenkung hat aber, wie schon berührt, eine allgemeine Bedeutung und es erscheint jede Veräußerung von Grundeigenthum unter den gesetzlichen Formen der Freeholdsleihe als eine neue Schenkung [107]). Schenkung und Leihe (feoffment) entsprechen sich in der Weise, daß jede Leihe abgesehen von ihrer causa als Schenkung erscheint. Von der Schenkung ist sonach der Vertrag wohl zu scheiden. Der Vertrag tritt bei Immobilien erst später neben jene. Das Gebiet der Schenkung ist Erbe und liegendes Eigen, das des Vertrags das bewegliche, persönliche Eigenthum. Erst nach und nach bahnte sich der Vertrag, im juristischen Sinn, den Weg von der fahrenden Habe zur liegenden [108]).

Bei der bisher geschilderten Theorie der Eigenthumserwerbung hat die Ersitzung im römischrechtlichen Sinn sowohl bei den Angelsachsen als in der lehnrechtlichen Periode bis zum Schlusse des Mittelalters keine Stelle [109]). Der Besitz, welcher die Voraussetzung aller Acquisitivverjährung ist [110]), erscheint eben hierbei untergeordnet und giebt kein selbständiges Recht. Nur den Mangel der

---

104) Littl. sect. 70. Siehe oben Note 55.

105) Es ist enthalten in l. 1. Theodos. Cod. de donat. (8. 12). Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irruptionem advocata vicinitate. Den Zusammenhang der livery of seisin mit dem neurömischen Recht hat Spence (the equitable jurisd.) in seiner trefflichen Einleitung — ein Buch für sich — überzeugend nachgewiesen. Siehe besonders I. p. 33 und 140. In diesem Punkt hat Spence, obgleich er sonst dem römischen Recht zuviel zumißt, entschieden gegen Blackstone Recht, der auch hier germanischen Ursprung annimmt.

106) Lib. feud. lib. I. 4. pr. II. 58. Coram paribus de vicineto.

107) Glanv. VII. c. 1. Quas corporalis traditio fuerit subsecuta.

108) Spence a. a. O. p. 139. 140.

109) Vgl. Blackst. II. ch. 30.

110) L. 3 D de usurp. Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.

Tradition kann in der lehnrechtlichen Periode der fortgesetzte Besitz ersetzen, nicht aber das Recht; Verjährung führt nur zu rechtmäßigem Besitz (seisin), nicht zu Eigenthum [111]). Im Uebrigen schloß jede unter den gesetzlichen Vorbedingungen, d. h. öffentlich erworbene Gewere vom Anfang an alle Klage aus, und falsche Klagen fielen durch die Nothwendigkeit des Beweises bei Erlangung des Besitzes und durch die Strafen für grundlose Klagen von selbst weg. Nur bei der Occupation herrnloser Gegenstände war wohl vom Anfange an längere Dauer des Besitzes zur Entstehung eines Eigenthumstitels nöthig, wenn auch eine bestimmte Zeit der Verjährung nirgends vorgeschrieben ist [112]). Es folgt dieses schon aus dem Grundgedanken bei Erwerbung des Eigenthums an Mobilien, daß Arbeit und aufgewendete Mühe vom Beweise befreien. Hieher gehört wohl auch die Bestimmung des dänischen Rechts, wonach die rechte Gewere (laghahävd) erst dann eintrat, wenn der Käufer drei Ernten ungestört eingebracht hatte [113]).

Die Lehre von der Ersitzung entwickelte sich erst nach der normännischen Eroberung als Immemorialverjährung insbesondere für

---

111) Bract. fol. 40a. sufficit pro traditione longa possessio.

112) Auch Brakton kennt noch keine bestimmte Verjährungszeit. Siehe fol. 51b. Nunc autem dicendum, qualiter transferuntur (rerum corporalium dominia) sine titulo et traditione per usucaptionem s. per longam, continuam et pacificam possessionem, ex diuturno tempore et sine traditione: sed quam longa esse debeat, non definitur a jure, sed ex justiciariorum discretione.

113) Homeyer (Kolderup-Rosenvinge) §. 55 a. 3. Daß aus dem bloßen Akt der Besitzergreifung einer herrnlosen Sache nicht von selbst Eigenthumserwerb folgt, sondern hiefür positive Festsetzung nöthig ist, siehe Stahl, Philos. des Rechts II. Bd. S. 299 (zweite Auflage). — Auch die deutschen Volksrechte des Continents haben die Verjährung als Erwerbungsart erst aus dem römischen Recht entnommen. L. Long. L. 2. tit. 35. L. Wisigoth. L. 2. tit. 10. L. Burg. tit. 79. Eichhorn I. §. 59a. Im fränkischen Recht kommt die Verjährung bekanntlich erst seit dem Dekret Childeberts vom Jahr 595 vor (unter Ausschluß der licentia interciandi). — Auch bei dem modernen System der Landübertragung durch Fertigung im Grundbuch hat die römisch rechtliche Ersitzung nur eine sehr beschränkte Stelle, worüber auf Bluntschli's deutsches Privatrecht (München 1853) I. S. 306. verwiesen wird als ein Buch, das den gegenwärtigen Stand des deutschen Vermögensrechts am besten erkennen läßt.

unkörperliche Sachen (incorporeal hereditaments), d. h. für Rechte und Nutzungen an Grund und Boden [114]). Da hierbei eine körperliche Tradition (livery of seisin) der Natur des Objekts nach ausgeschlossen war, so hatte die Verjährung hauptsächlich den Mangel der Förmlichkeit der Leihe (grant im engern Sinn) zu ersetzen. Nach gemeinem Recht wurde da der Beginn der Regierung Richard's I. als ein Zeitpunkt angesehen, der für den darüber hinaufreichenden, ununterbrochenen und unangefochtenen Besitz — vorausgesetzt daß das fragliche Objekt veräußerlich war — einen Titel der Verjährung (prescription) begründete. Wer jedoch 20 Jahre im Besitz ist, hat eine Präsumtion für die Immemorialverjährung. Ist übrigens Jemand auch 20 Jahre im Besitz und es kann die Gegenpartei die Nichtexistenz des Besitzes in einer Zeit nach Richard's I. Regierungsantritt darthun, so bleibt die Verjährung ausgeschlossen.

Das heutige Recht der Ersitzung ruht auf dem Statut 2 und 3 Wilhelms IV. c. 71, wodurch die Verjährungszeit abgekürzt wurde. Das jetzige Recht ist je nach den einzelnen Arten der unkörperlichen Sachen (hereditaments), an welchen Verjährung statt hat, verschieden normirt. Die auf dem Continent herkömmliche Eintheilung der Servituten in Personal- und Realservituten erschöpft die Arten der unkörperlichen Sachen oder Rechte keineswegs. Vor Allem scheidet das Statut die Gemeinschaftsrechte aus und die andern Frucht- und Genußrechte an Grund und Boden (profits, benefits to be taken and enjoyed from or upon land). Für alle diese Rechte, jedoch mit Ausnahme der Zehnten, Renten und Dienste, läuft eine Verjährung von 30 Jahren. Wer solange im Besitze war, hat ein absolutes Recht erlangt, wenn nicht ein schriftlicher Vertrag ihm entgegensteht. In gewissen Fällen, wenn z. B. der Gegentheil vom Besitze nichts gewußt hat, oder non compos mentis, feme covert oder nur Besitzer auf Lebenszeit war, sind 60 Jahre erforderlich. Für andere unkörperliche Sachen, wie Weg-, Wasser-, Fenster- und Lichtrechte, also Realservituten im römischen Sinn, wo ein Grundstück dem andern dient, gelten 20 und beziehungsweise 40 Jahre [115]).

---

114) Stephen, New Comm. I. p. 164 und p. 623.

115) Genaueres über die Präscription siehe bei Stephen a. a. O. I. p.

Von der Ersitzung (prescription) wohl verschieden ist die Klagverjährung (limitation of actions), die sich im englischen Recht namentlich in Verbindung mit dem mittelalterlichen System der seisina, das zur gesonderten Darstellung verwiesen werden muß, ganz eigenthümlich und mannigfaltig entwickelt hat. Die Grundzüge der Klagverjährung werden jedoch bei der Darstellung des Prozesses und Aktionenrechts angegeben werden.

Kehren wir wieder zu dem Rechte der Gutsübertragung auf gewöhnlichem Wege kraft des Gesetzes oder der Leihe zurück, um den Uebergang des mittelalterlichen Landgüterrechts in das neue zu schildern.

Das Streben der neueren Rechtsgeschichte geht dahin, an die Stelle der öffentlichen Besitzübertragung unter dem Zeugniß der Grafschaft (Assise) — ein Princip, welches im Zusammenhang mit der eigenartigen Gestaltung des Erbrechts den Charakter des gesammten mittelalterlichen Vermögensrechts bestimmte — die Beurkundung des Eigenthumsübergangs durch schriftliche Fertigung in öffentlichen Büchern treten zu lassen. Es ist ein ähnlicher Entwicklungsdrang, wie auf dem Continent, wo die Fertigung im Grundbuch die Werung unter Zeugniß zu ersetzen sucht. In England bestand das Princip der öffentlichen Besitzübertragung in ungeschwächter Kraft bis auf Heinrich VIII., wo dann mit dem statute of uses das neue Princip sich Bahn brach [116]). Das Statut betrifft das im englischen Recht auf eigenthümliche Weise ausgebildete Institut der Treuhänder. Wie im deutschen Recht die Gewere zu treuer Hand ein nominelles Eigenthum war, im Uebrigen aber mehr nur den Zweck hatte, durch den Treuhänder (Salmann) Immobilien einem andern gerichtlich aufzulassen, so gab es auch in England eine solche Gewere unter dem Namen trust, wobei der Treuhänder (trustee) aber nicht das Gut selbst —, es sind stets res quae usu

659 u. f. Für unkörperliche Sachen entsteht namentlich, im Unterschied von den körperlichen, auf besondere Weise ein Titel der Extinktivverjährung z. B. durch Verzicht (release) bei einem right of common, welcher Verzicht bei Nichtgebrauch (disuse) von 20 Jahren präsumirt wird; ferner durch Vereinigung des Besitzes (unity of seisin). Franchises wie Forst- und Jagdrechte sind ausgenommen. Siehe Stephen I. p. 666 und 644.

116) Bacon, on uses 19.

non consumuntur in Frage — zu übertragen, vielmehr nur den Vortheil oder Nutzen (use) einem Andern zuzuwenden hatte. Diese Nutznießung (use) ist vom Nießbrauch (ususfructus) im römischen Sinn wohl geschieden. Eine analoge Erscheinung des römischen Rechts ist die Ausbildung des formlosen fideicommissum neben dem civilrechtlichen Legat, und es scheint, daß dieses dem englischen Recht zum Vorbilde diente. Hiefür spricht schon die Veranlassung seiner Entstehung, da das Institut durch die des römischen Rechts besonders kundige Geistlichkeit gegen Ende der Regierung Eduard's III. eingeführt wurde in der Absicht, die Gesetze des Lehnstaats gegen Veräußerung an Corporationen oder an die todte Hand unwirksam zu machen. Beim fideicommissum wurde die Erbschaft Jemanden anvertraut, um sie einem Andern zu übergeben oder um zu dessen Nutzen darüber zu verfügen. Der Andere, zu dessen Gunsten verfügt wurde, war an die gesetzlichen persönlichen Vorbedingungen, um durch Testament und Legat erwerben zu können, nicht gebunden, was namentlich für Peregrinen wichtig war [117]). Der Nutznießer hatte ein jus precarium, später ein jus fiduciarium mit einem Rechtsmittel, zu dessen Wirksamkeit ein besonderer Beamter (praetor fideicommissar.) aufgestellt war [118]).

Der englische Nutznießer hatte vor dem erwähnten Statut Heinrichs VIII. für seine Klage kein Recht vor den gemeinen Gerichten, nur vor den geistlichen. Durch dieses Statut wurde aber sein Eigenthumsrecht ein klagbares, legales (legal estate). Es entstand somit ein neues Eigenthum neben dem alten und zwar ein begünstigtes. Solche Begünstigung war z. B. daß der Besitz des Nutzeigners (cestui que use im Gegensatz zu dem Treuhänder oder feofee to uses) nicht der Verwirkung unterlag, weßhalb das Institut gerade seit Eduard V. zur Zeit der Bürgerkriege der beiden Rosen am meisten in Anwendung kam [119]).

117) Gajus II. §. 285. Ut ecce peregrini poterant fideicommissa capere: et fere haec fuit origo fideicommissorum.

118) L. 1 und 2 Inst. Just. (2. 23). Crabb-Schäffner S. 387 u. f.

119) Es wird hier im Allgemeinen auf Bacon, on uses, verwiesen. Die deutsche Ausbildung der Gewere zu treuer Hand ist, wenn auch in einzelnen Partikularrechten das Institut der Treuhänder namentlich als Exekutoren dem der englischen trustees sich nähert, doch völlig verschieden. Wir können daher die Frage der Germanisten, inwieweit

Der entscheidende Punkt des Statuts war der, daß von nun an demjenigen, welcher aus dem einem Andern übertragenen Land nur den Nutzen zu ziehen berechtigt war, auch der rechtliche Besitz (lawful seisin) zugesprochen wurde. Von der ebengeschilderten Wirkung des Statuts führte dieses im Allgemeinen den Namen: Statut zur Uebertragung der Nutznießungen in den Besitz (st. for transferring uses into possession). Der Besitz (seisin) des Treuhänders (trustee oder feofee to uses), welchen dieser durch Investitur (feoffment) erhielt, wurde sonach durch das Statut zugleich in einen Besitz des Nutznießers verwandelt. Der Besitz des Treuhänders nach der förmlichen Tradition repräsentirte zugleich die Apprehension des Nutznießers, in ähnlicher Weise wie bei dem römischen constitutum possessorium durch den erklärten Willen des bisherigen Besitzers, für einen Andern besitzen zu wollen, die Tradition an diesen zum Besitzerwerb unnöthig war. Der Treuhänder wurde aber keineswegs der gewöhnlichen Rechtsmittel aus der Gewere (seisin) beraubt, weil eben das englische Recht, wie das ältere deutsche eine doppelte Gewere (seisin) an derselben Sache zuläßt[120]. Die förmliche Freeholdsleihe (feoffment) an den Treuhänder war aber in allen Fällen nothwendig, wenn der Nutznießer die Gewere (seisin) haben sollte. Widrigenfalls hatte dieser nur Detention (possession), nicht seisin. Ueberhaupt konnte seisin in der Regel nur durch feoffment entstehen und dieses setzte die Einräumung eines Free-

---

da mehr der Gesichtspunkt des Mandatars oder des procurator entscheidend sei, übergehen. Merkwürdig ist aber, daß fast gleichzeitig auf dem Continent auch ein günstiges Eigen unter dem Namen „Salmannisch Eigen" entstand. Siehe das Responsum welches auf Anfrage eines bayrischen Herzogs über die Natur des salmannischen Eigens mehre sachkundige Salleute im Jahre 1442 gaben. Albrecht, Gewere S. 251. Ausführlich gibt das Weisthum Kreithmayr, Cod. Civ. P. V. §. 62. n. 1.

120) In der Doktrin herrscht jedoch über die Natur der seisin bei uses keineswegs Sicherheit. So betrachtet man z. B. den Besitz (seisin) des Nutznießers als seisin in law (Co. Littl. 111a. 266b.) obwohl hier doch ein wirklicher Besitz (actual seisin), nicht blos ein ideeller, wie beim Erben, gegeben ist. Siehe Stephen I. p. 381. Note e.

hold-Interesse voraus [121]). Von dieser Zeit an datirt auch erst die bestimmte Unterscheidung von trust und use [122]).

Besonders wichtig ist nun hier für uns der Umstand, daß das Statut Veranlassung zu einem neuen System der Gutsübertragung mit Umgehung der livery of seisin wurde. Wer im rechtlichen Freeholdbesitz eines Gutes war, durfte ja nur Jemanden eine Nutznießung irgend welcher Art einräumen, so war kraft des Statuts auch sofort der Besitz (seisin) auf den Nutznießer übergegangen. Vor dem Statut waren drei Formen der Bestellung einer Nutznießung zu Billigkeitsrecht (equitable estate) gewöhnlich. Nur eine Form, das feoffment to uses, setzte die Freeholdsleihe an den Treuhänder und somit auch eine Besitzübertragung an diesen voraus, wenn auch das Nutzrecht einem Dritten eingeräumt wurde. Ein Nutzrecht entstand auch, wenn Jemand einen Andern zu Freehold belehnte ohne besonderen Grund oder Gegenleistung. Hier wurde nämlich vom Billigkeitsgericht angenommen, daß der Leiher ein Nutzrecht für sich selber bestellen wollte. Eine zweite Form der Bestellung ist ein Vertrag unter förmlicher Urkunde, wo der Besteller erklärt, zu Gunsten und Nutzen eines Andern besitzen zu wollen (convenant to stand seised to uses). Diese Form ist jedoch nur rechtsgültig bei Veräußerung an Weib, Kind oder nahe Verwandte, wo somit eine causa (a good consideration) aus der Verwandtschaft ersichtlich ist. Die dritte Form ist die Bestellung durch Kaufvertrag (bargain and sale), welche zu ihrer Rechtsgültigkeit eine Gegenleistung in Geld (pecuniary consid.) voraussetzt. Diese letzte Form war besonders geeignet, ein Freehold auch ohne Besitzübertragung zu bestellen.

Um die Nachtheile abzuwenden, welche durch solche heimliche Veräußerungen eintreten mußten, entstand in demselben Jahr mit dem besprochenen Statut ein zweites (statute of enrolments) [123]), welches bestimmte, daß durch Kauf ein Freehold nur unter der Bedingung übertragen werden könne, wenn über den Vertrag eine mehrfache Urkunde (indenture) [124]) errichtet und diese innerhalb

---

121) Stephen I. p. 270 und 275.

122) Stephen I. p. 358.

123) Stat. 27. H. VIII. c. 10.

124) Die indentures sind die mehrfachen Exemplare einer Urkunde, die

sechs Monate bei einem der Westminster-Gerichtshöfe oder bei dem custos rotulorum der Grafschaft eingetragen werden würde. So war denn statt der öffentlichen Besitzübertragung unter dem Zeugniß der Scire oder der Grafschaft die neue Förmlichkeit der amtlichen Fertigung im Grundbuch zur gesetzlichen Geltung gebracht. Immerhin war aber noch auf Zeugniß Rücksicht genommen, da jede gesiegelte Urkunde in Beisein von Zeugen errichtet wurde [125]. Der Zweck des Statuts war ein dreifacher. Erstens sollten die Contrahenten genöthigt werden, durch die schriftliche Fassung ihre Vertragsbestimmungen genau zu fixiren; ferner sollte durch die Siegelung und Beiziehung von Zeugen der Beweis erleichtert werden; endlich sollte den Betrügereien durch heimliche Veräußerungen vorgebeugt werden, indem die Eintragung im Buch (enrolment) in gleicher Weise wie früher die förmliche Tradition die Notorietät des Rechtsgeschäftes zum Zweck hatte [126].

Dieses Statut wäre wohl geeignet gewesen, eine allgemeine Registrirung des Freeholdbesitzes an Grundstücken (corporeal heredit.) herbeizuführen, wenn nicht durch Erfindung einer neuen Form der Bestellung eines Nutzrechtes das Gesetz umgangen worden wäre. Das Statut Heinrichs VIII. hatte Pachtverträge auf Zeit ausser Acht gelassen. Da nun nach dem Statut über die Transferirung der Nutznießung in den Besitz Genußrechte auf gewisse Zeit (for term of years) eingeräumt werden konnten, ohne daß es der wirklichen Besitzübertragung bedurfte, so durfte Jemand nur vorerst ein Pachtrecht mittels Kaufvertrag (by bargain and sale) einräumen, und dann zu Gunsten des Nutznießers, der nun kraft des Statuts als Besitzer galt, auf sein Eigenthumsrecht mittels gesiegelter Urkunde Verzicht leisten. Durch diese Form der Bestellung (genannt lease and release) konnte eine Freehold übertragen werden, ohne daß es weder der wirklichen Besitzüber-

---

zahnförmig ausgeschnitten sind und auf einander passen. Deed poll ist eine einfach gefertigte Urkunde, die jetzt (seit 7 und 8 Vict. c. 76. §. 11) mit jenen gleiche Wirkung hat. Ueber das Wesen einer Urkunde siehe das vorige Capitel Note 63.

125) Stephen I. p. 477. Ueber die sogenannte Vollziehung (execution) der Urkunde kann auch auf Rüttimann a. a. O. §§. 372 und 373 verwiesen werden.

126) Hargrave, Note 310 zu Co-Littl. (sect. 59).

tragung, noch der Registrirung bedurfte [127]). Die Verzichtleistung (release) folgte dem ersten Vertrag (bargain and sale) meist am nächsten Tage nach. Beide Akte konnten in einer Urkunde verzeichnet werden. Diese Form verdrängte alle vorigen.

Durch die Gesetzgebung Karl's II. wurde den heimlichen Veräußerungen, die um so häufiger wurden, da die nach gemeinem Landrecht nicht wirksamen Bestellungen vor den Billigkeitsgerichten geschützt und vollzogen waren, ein Damm gesetzt. Nach dem im Landgüterrecht Epoche machenden stat. of frauds, 29 Karl II. c. 3. bedarf die Einräumung jedes Besitzrechts auf die Dauer von mehr als drei Jahren, mag dasselbe als legales oder als Billigkeitsrecht bestellt werden, der Schriftform (writing). Seit 8 und 9 Vict. c. 106. s. 3 ist vom 1 Okt. 1845 an sogar deed jedoch keine Registrirung erforderlich [128]). Gleichzeitig erhielt das so verwickelte System der Gutsübertragung einen gewissen Abschluß durch 8 und 9 Vict. c. 106. s. 2. (Aug. 1845), wodurch bestimmt ist, daß von demselben Zeitpunkt (1 Okt.) an Grundstücke (corp. hered.) so gut ohne besondre Besitzübertragung lediglich durch gesiegelte Urkunden veräußert werden können, wie die unkörperlichen Sachen (incorp. h.) und Anwartschaftsrechte, bei denen diese Leihe unter dem Namen grant schon früher vorkam. Mit dieser Leihe (grant im neuen Sinn) entstand sonach eine fünfte Form der Bestellung eines Freeholds nach dem Nutznießungsgesetz und es ist diese Form die allgemeine für alle Uebertragung von Grundbesitz geworden, so daß das Princip der livery of seisin erst hiermit völlig außer Bedeutung gesetzt worden ist [129]).

---

127) Lease und release ist eine Form, welche aus zwei gemeinrechtlichen zusammengesetzt ist. Lease oder Pacht bedurfte aber zu seiner Wirksamkeit nach der Theorie der seisina zwar nicht der förmlichen Tradition (livery) wohl aber des Besitzantritts (entry). Siehe hierüber Stephen I. p. 514, 516 dann p. 495.

128) Stephen I. p. 494. Allgemeine Registrirung des Grundbesitzes besteht bekanntlich nur in den Grafschaften York nnd Middlesex und zwar seit älterer Zeit. Siehe Stephen I. p. 590 und Spence I. p. 288.

129) Stephen I. p. 493. Ein früheres Gesetz (§. 2 st. 7 und 8 Vict. c. 67. Aug. 1844) hatte die livery of seisin ganz aufgehoben. Um gelegentlich einen kurzen Ueberblick des gesammten Systems der heutigen Gutsübertragungen (conveyances) zu geben, sei bemerkt, daß

b. Ein ganz selbständiges vom Landgüterrecht wohl geschiedenes Gebiet bildet das Mobiliarrecht oder das persönliche Eigenthum. Wir haben schon im vorigen Kapitel die Grundsätze über den Erwerb der Rechte an Mobilien dargestellt. Indem wir nun den Zusammenhang des alten Rechts mit dem neuen darstellen wollen, müssen wir namentlich die Forderungen und deren wichtigste Entstehungsursachen, die Verträge genauer ins Auge fassen. Das heutige Recht zählt zu dem persönlichen Eigenthum auch noch die Rechte an Immobilien, soweit dieselben unter dem Werth eines Freehold sind, also nicht mindestens ein Recht auf Lebenszeit gewähren. Obwohl nun diese zeitlich beschränkten Genuß- oder Pachtrechte ohne Zweifel vielfach nach den Grundsätzen über das persönliche Eigenthum behandelt werden — sie gehen z. B. nicht nach dem Satz: le mort saisit le vif auf den Erben über, sondern kommen wie alle andren Mobilien in die Hand des Exekutors — so verläugnen dieselben doch wieder in anderen Punkten ihren Zusammenhang mit den Immobilien nicht. Sie heißen zwar

---

diese, sofern sie einen rechtlichen Besitzstand (legal estate im Gegensatz von equitable estate) begründen, in solche zerfallen, welche by matter of record und solche, welche in pais vor sich gehen. Die ersteren außerordentlichen entsprechen den Buchleihen der Angelsachsen unter Zustimmung des Königs und der Witan am Königshof. Die letzteren gleichen den gewöhnlichen Buchleihen in der Grafschaft, wo das Land liegt. Man theilt diese in Uebertragungen nach gemeinem und statutarischem Recht. Als Uebertragungen nach gemeinem Recht, welche durchaus auf die meist veraltete Theorie der seisina gebaut sind, führt Stephen (I. p. 485) folgende 10 auf: feoffment, grant, lease, exchange, partition, release, confirmation, surrender, assignment, defeazance. Von den statutarischen sind die fünf Bestellungen eines Nutzrechts oben im Texte besprochen. Außerdem sind nur noch die Uebertragungen eines Besitzers zu Stammgut (fee tail) und einer Ehfrau gesetzlich ausgezeichnet. Zu den gewöhnlichen Gutsübertragungen zählt auch noch die Uebertragung durch Testament (devise). Seit 1 Vict. 26 (1 Jan. 1838) bedarf es zu dessen Gültigkeit, abgesehen von dem bei Soldaten und Matrosen noch vorkommenden mündlichen Testament, außer der Unterzeichnung der Urkunde vom Testator oder dessen Mandatar nur der Unterschriften von zwei oder mehren anwesenden Zeugen. Stephen I. p. 576. Die Testamente (wills) behandelt auch Rüttimann §. 382—384.

gleich den Mobilien chattels (catalla); dann werden sie aber doch wieder als chattels real von den persönlichen (personal) geschieden. Unter diesen Umständen erklärt es sich von selbst, wenn im Systeme die Pachtrechte und Verträge über Immobilien, die nicht Freehold zum Zweck haben, nicht an einem Orte abgehandelt werden. Einiges ist schon bei dem Immobiliarrecht berührt worden, Anderes wird nun bei den Verträgen zur Sprache kommen [130]).

Die angelsächsischen Gesetze enthalten keinerlei Vorschriften über das Wesen der Verträge und deren Auslegung (Construktion), nur über deren Formen. Einige wenige Bestimmungen betreffen die Voraussetzungen, unter welchen ein Kauf rückgängig wird [131]), sowie die Ersatzpflicht, falls bei einem Hinterlegungs-Contrakt — heute bailment — der Empfänger den übergebenen Gegenstand zu Schaden kommen läßt [132]). Die Vorbedingungen jedes Vertrags sind eben die schon im vorigen Capitel berührten Beweisvorschriften bei deren Eingehung. Ohne Beachtung dieser Beweisvorschriften erscheint kein Vertrag gültig und nach gemeinem Recht klagbar. Es gibt daher auch kein Recht zur Eidesreinigung auf Seite des Beklagten. Ohne Zeugniß ist eine Contraktsklage gar nicht zuläßig. Nur die Einrede der Zahlung mag der Be-

130) Ich kann mich hierbei auf Stephen berufen, der in seinem System nur Rechte an things real und personal also nach dem Gegenstand unterscheidet, und die chattels real zu den ersteren stellt. Man müsse, bemerkt er (I. p. 161 Note), die Gegenstände des Eigenthums von der Qualität des Rechts (estate) unterscheiden. Ein chattel real sei eigentlich kein thing personal vielmehr ein besonderes Besitzrecht, eine Modification des Eigenthums an einem solchen. Siehe I. p. 161 und II. p. 2.

131) In. 56. Bemerkte der Käufer etwas Fehlerhaftes (hvylcne unhaelo) an dem gekauften Gegenstand (ceape), so durfte er denselben in der Frist von 30 Tagen nach dem Kauf zurückgeben, wenn der Verkäufer nicht eidlich betheuerte, daß ihm der Fehler unbekannt war. Ein Eidesformular enthalten die Oaths. Glanvilla kennt bei mahemium die Frist von 30 Tagen nicht mehr (Lib. X. cap. 14) und spricht hievon als von einer Controverse, die er selbst nicht zu entscheiden wagt. Auf dem Continent lief nur eine Frist von 3 Tagen z. B. nach der Lex Bajuv. tit. 15. cap. 9.

132) Aelfr. 17 und 19. Die erste Stelle handelt von der Uebergabe eines unmaga zur Pflege, die zweite von der Uebergabe von Waffen an den Schmied zur Arbeit.

klagte beschwören [133]). Dieser Eid ist aber vom Reinigungseid wohl zu scheiden und selbst hier müssen wir noch Zeugniß auf Seite des Klägers voraussetzen. Auf Erfüllung eines formlosen Vertrags konnte nur in den geistlichen Gerichten geklagt werden. Auf diese Gerichte ist wohl auch zunächst das Gesetz Aelfreds zu beziehen, daß jedermann Versprechen, Eid und Wette halten soll, und daß er, wenn er wortbrüchig wird, dem Gefängniß des Königs und den Vorschriften seines Beichtvaters und des Bischofs verfallen soll [134]). In den geistlichen Gerichten und für Geistliche kommt wohl auch ohne Zweifel zuerst der Rei-

133) Nur hierüber kommt ein Eidesformular vor in den Oaths No. 11. „Im Namen des lebendigen Gottes, ich schulde (thearf) dem N. weder sceath noch Schilling, weder Pfennig noch Pfennigs Werth, sondern ich leistete ihm Alles, was ich sollte (scolde), soweit als unsere Verträge gingen (sva forth sva uncre vord-gecvydan fyrmest waeron)". Eine Formel für völlige Abläugnung eines Vertrags finden wir nicht. Ich verweise auf Forsyth, hist. of trial by jury p. 89, der das Nichtvorkommen des Reinigungseides aus dem Erforderniß des Zeugnisses bei Eingehung des Vertrags richtig erklärt hat. — Palgrave (Commonwealth I. p. 262 und Proofs p. CXIX.) und Spence (Equit. jur. I. p. 228) sprechen irrig schon vom Reinigungseid in Civilsachen bei den Angelsachsen und letzterer sieht auch hier, wie so oft mit Unrecht, römischen Einfluß unter Verweisung auf l. 2 und 5 D de jurej. (12. 2).

134) Aelfr. 1. Das gleichzeitige Bestehen der geistlichen Gerichtsbarkeit berücksichtigt Forsyth nicht. Nur hieraus erklärt es sich aber, daß z. B. noch nach der Eroberung Glanvilla den Reinigungseid in Civilsachen nicht berührt, weil er eben nur das Verfahren der königlichen Richter beschreibt. Der Königshof hatte aber über formlose Verträge (privatae conventiones) keine Competenz. Glanv. lib. I. c. 3 und X. c. 12. Die gegen die geistliche Gerichtsbarkeit gerichteten Beschlüsse zu Clarendon erlangten keine gesetzliche Geltung. — Auf dem Continent, wo es an einer allgemeinen Organisation des Privat-Zeugnisses bei Geschäften fehlte — nur in einzelnen Städten wurden Privatzeugen, denominati, aufgestellt — wo ferner die kirchliche Jurisdiktion eine viel untergeordnetere Stellung hatte, da kam schon vor der Reception des römischen Rechts die Klagbarkeit jedes formlosen Vertrags auf. Die Verpflichtung des Beklagten zur Eidesreinigung in allen Fällen, wo nicht gerichtliches Zeugniß entschied (Sachsenspiegel I. Art. 7 und 18), führte von selbst zur römischen Eidesdelation.

nigungseid in Civilfällen war [135]). Größere Bedeutung gewann der Reinigungseid erst in der nachsächsischen Zeit, wo derselbe auch in den Gerichten des gemeinen Rechts eingeführt wurde, indem man denselben vom Strafverfahren auf Civilfälle übertrug und jeden Vertragsbruch als Delikt behandelte [136]). Das Recht Englands hat ja heute noch keine andere Klage, als eine Deliktsklage für den formlosen Vertrag [137]).

Die Verträge haben im System des heutigen Rechts noch dieselbe Stellung, wie bei den Angelsachsen, indem dieselben so wenig, wie früher, von der Form der Eigenthumsübertragung geschieden werden. Die Verträge stehen hierin mit dem Eigenthums- oder vielmehr Freeholderwerb an Immobilien auf gleicher Stufe. Wird die Leihe an Immobilien nicht durch Besitzübertragung oder durch Ueberlieferung der Urkunde, was zur Rechtsform wesentlich ist, vervollständigt, dann erscheint die Leihe als bloßer Vertrag und ist nach den Grundsätzen über das persönliche Eigenthum zu beurtheilen, wonach zur Gültigkeit des Vertrags noch ein genügendes Motiv, eine Vergeltung (consideration), erforderlich ist [138]).

Es werden überhaupt zwei Klassen von Verträgen unterschieden, gift und assignment, je nachdem die Veräußerung eine unentgeldliche (Schenkung, gift) ist oder nicht.

Die Schenkung von Mobilien wird auf dieselbe Weise behandelt, wie die Güterleihe, mit der sie anfänglich zusammenfällt [139]). Wird die Schenkung von Mobilien sofort durch Tradition vollzogen, dann bedarf es jedoch zu deren Gültigkeit keiner förmlichen Urkunde, sowie es umgekehrt bei Errichtung einer förmlichen Urkunde über die Schenkung einer Tradition der Sache nicht bedarf.

---

135) Siehe Cod. dipl. No. 499. Ein weiteres Beispiel enthält die Hist. Eliens. I. c. 44.

136) Bracton fol. 315 b. Fleta II. 63. §. 10.

137) Die heutige Klage: assumpsit für den formlosen Vertrag ist eine sogenannte Klage on the case und als solche eine erweiterte Deliktsklage (of trespass — de transgressione). Die einfache Schuldklage (of debt) ist auf eine bestimmte Geldforderung beschränkt. Die Ursachen, welche diese Erweiterung der Deliktsklagen bewirkten, werden in der Folge beim Prozesse berührt werden.

138) Spence a. a. O. I. p. 185.

139) Vergl. oben Note 107.

Für die donatio mortis causa gelten in der Hauptsache die gleichen Bestimmungen. Urkunde oder Tradition sind die Formen, welche die Rechtskraft bedingen und den Schenker in der Weise binden, daß derselbe nicht mehr zurücktreten kann, auch wenn in der Urkunde kein Motiv (consideration) erwähnt ist. Bei der Errichtung einer förmlichen Urkunde unter Siegel streitet eine rechtliche Vermuthung dafür, daß mit gehöriger Ueberlegung gehandelt worden sei [140]. Eine zum Nachtheil von Gläubigern vorgenommene Schenkung ist jedoch nach dem Statut 13 Elisabeth c. 5 nichtig, wenn die Urkunde keine Erkenntlichkeit, und zwar keine entgeltliche (valuable pecuniary consid.), enthält. Eine Gegenleistung, die keinen Tauschwerth hat, eine sog. good consid., z. B. Blutsverwandtschaft ist kein genügendes Motiv [141]. Dieses gilt auf gleiche Weise auch bei der urkundlichen Leihe von Grundstücken [142].

Aus Vorstehendem ist zugleich ersichtlich, daß die Schenkung nicht ausschließlich dem Mobiliarrecht angehört. Sie hat bei dem Immobiliarvermögen nicht minder ihre Stellung, wie bei dem persönlichen Eigenthum. Sie gehört eben schon ihrer Natur nach keiner Klasse von Rechten ausschließlich an [143].

Ich komme nunmehr zu den Verträgen im engern Sinn,

---

140) Stephen I. p. 479. Diese Voraussetzung einer Gegenleistung darf nicht geradezu mit der causa debendi verwechselt werden. Wie aber auf dem Continent bei einer Urkunde die Erwähnung der causa debendi unwesentlich ist (siehe beispielsweise den bayr. Cod. jud. cap. 11. §. 9. n. 3), so ist es dort die consideration. Auf dem Continent, zunächst in Deutschland, begründet jedoch die Erwähnung der causa deb. in der Urkunde eine besondere summarische Prozeßart, den Exekutiv-Prozeß.

141) Stephen II. p. 43 und 47, und I. p. 479. Blackstone (II. p. 296) geht zu weit, wenn er eine Erkenntlichkeit als wesentlichen Theil jeder förmlichen Urkunde fordert. Siehe dagegen Stephen I. p. 480. Note K.

142) Stephen I. p. 479.

143) Puchta, Pandekten (5. Aufl.) §. 68. Note d. Die jetzige Methode, die Schenkung im Rechtssystem zu den Obligationen zu stellen, steht in direktem Gegensatz zu der röm. Institutionenordnung, wo die Schenkung beim Eigenthum ihre Stelle hat. Gaj. Inst. II. 62—64. Inst. J. II. tit. 7. — Das bayr. Landrecht behandelt seltsamerweise die Schenkung unter Lebenden zugleich mit der von Todeswegen im Erbrecht.

zu den onerosen Rechtsgeschäften im Gegensatz zu den Schenkungen. Im Allgemeinen gilt jetzt die Regel, daß auch schon formlose Verträge binden und bewegliche Sachen überhaupt formlos veräußert werden können. Unter formlos wird hier verstanden, daß der Vertrag nicht des Gerichtszeugnisses (record) oder einer förmlichen Urkunde (deed) oder der Beiziehung von Privatzeugen, wie im Recht der Angelsachsen, bedarf. Auch blos mündliche Verträge binden. Vor den mündlichen Verträgen haben schriftlich gefertigte, wenn sie nicht mit förmlicher, gesiegelter Urkunde errichtet sind, nichts voraus, und sie werden juristisch gleichfalls nur mündliche (parol contracts) genannt im Gegensatz zu den Verträgen, welche nicht blos unter Schrift (writing), sondern unter förmlicher Urkunde geschlossen sind (contracts by specialty). Der Name formlos erscheint somit nach römischem Begriffe, wo sogar schon die mündliche Uebereinkunft (Stipulation) als eine besondere Vertragsform angesehen wird, durchaus unpassend. Jedes Rechtsgeschäft fordert ja schon seiner Natur nach wenigstens die Form der Erklärung des Willens von Seite der Contrahenten. In unserem heutigen Rechtsbewußtsein ist übrigens der Begriff der Vertragsform ein engerer und man begreift als Vertragsform eben nur jene, welche bei Vermeidung der Nichtigkeit des Geschäfts vorgeschrieben ist. In diesem Sinne ist nun auch dem englischen Recht die Vertragsform keineswegs fremd; ja sie hat dort eine weit größere Ausdehnung gewonnen, als auf dem Continent.

Als Vertragsform im engern Sinn verdient vor Allem die Schrift unsere Beachtung. Wir sehen hiebei ab von der förmlichen Urkunde, die nirgends bei Vermeidung der Ungültigkeit des Geschäfts vorgeschrieben ist; doch fordern bestimmte Arten von Verträgen ihrer Natur nach die förmliche Urkunde; namentlich die bonds, d. h. Zahlungsversprechen, mit oder ohne die Clausel einer feierlichen Conventionalstrafe.

Die einfache Schriftform ist gesetzlich erforderlich bei Veräußerung gewisser Vermögensobjekte, wie Annuitäten, Schiffe und Patentrechte [144]), dann für gewisse Verträge. Hieher gehören Bürgschaften, Versprechen, welchen als Motiv eine künftige Ehe zu Grund liegt, Verträge über Grundeigenthum und überhaupt solche,

144) Stephen II. p. 46.

welche erst nach Jahresfrist erfüllt werden sollen, endlich Versprechen von Exekutoren und Administratoren, Schadensersatz aus eigenem Vermögen zu leisten [145]). Von besonderer Wichtigkeit ist aber die Schriftform bei dem Kaufe, der als eigentlicher Grundvertrag selbstständige Beachtung verdient. Bei dem Kaufe kommen wir zu einer zweiten Vertragsform, mit welcher die Schriftform nur alternativ vorgeschrieben ist.

Der Kauf (bargain and sale) ist gewissermaßen ein gedoppelter, cumulirter Vertrag. Er besteht in allen Fällen in der Uebereinkunft (bargain) der Contrahenten über Waare und Preis. Zu dieser Uebereinkunft muß aber noch ein formeller Vertrag hinzukommen, der entweder durch die Ueberlieferung (sale) der Waare oder des Preises, oder doch eines Theils der Waare oder des Preises als arrha (earnest) vollzogen wird, oder alternativ durch die Schriftform. Erst wenn die Uebereinkunft durch die eine oder andere Form vollendet ist, überträgt sich (vests) das Eigenthum auf den Käufer. Mit der einen oder andern Form ist erst der Kauf in der Weise perfekt, daß auch die Gefahr auf den Käufer übertragen ist. Ehevor kann der Käufer, ungeachtet der Uebereinkunft, frei über die Sache verfügen, wenn nicht ausdrücklich Credit gewährt ist [146]). Handelt es sich beim Kauf um einen Gegenstand im Betrag von 10 Pfund mindestens, dann ist die Schriftform, wenn nicht die Form der Ueberlieferung von Waare oder Preis oder arrha vorliegt, bei Vermeidung der Nichtigkeit nothwendig [147]).

Eigenthümlich ist dem englischen Recht die Behandlung des einfachen, mündlichen Vertrags. Ist dieser in noch so bestimmter feierlicher Rede (Stipulation) erklärt und sogar schriftlich vollzogen, jedoch ohne förmliche Urkunde, so ist derselbe doch nur dann rechtsbeständig, wenn dem Vertrag ein äußeres Motiv, eine Erkenntlichkeit (consideration) und zwar von Tauschwerth zu Grund liegt. Außerdem erscheint der Vertrag als nichtiger, und es wird auf ihn der Satz angewendet, freilich in etwas anderem Sinn als bei den Römern: Ex nudo pacto non nascitur actio [148]).

145) Stephen II. p. 50 und 51.

146) Stephen II. p. 63. 64.

147) Diese Vorschrift beruht auf Statut 29 Karls II. c. 3 (sect. 17).

148) Bract. fol. 99. Daß bei den Römern die Form der Stipulation genügte, um jeden Vertrag klagbar zu machen, während ohne sie ein

Es ist schwer, die Natur der Erkenntlichkeit (consideration) genau zu bestimmen. In gewissem Sinne läßt sich die Erkenntlichkeit als eine Art Vertragsform, als idealisirte Tradition, bezeichnen. Richtiger scheint es vielleicht Andern, sie als eine Selbstbeschränkung des Willens der Contrahenten, ähnlich dem modus oder der conditio, aufzufassen [149]). Es ist eben oft schwer, im Rechte eine allseitig genügende Definition zu geben. Hier genügt es, die Erkenntlichkeit in ihrer Eigenthümlichkeit und Selbständigkeit zu zeichnen. Am bezeichnendsten ist wohl der römische Ausdruck causa, unter den sich die Erkenntlichkeit sowohl, als die äußeren Vertragsformen unterordnen lassen [150]).

(formloser) Vertrag als nudum pactum und somit als klaglos betrachtet wurde, ist allgemeine Ansicht. Savigny, Obligationenrecht Bd. 2. S. 231. Ebenso gewiß ist aber auch, daß der praktische Erfolg der Klage bei der Stipulation wenigstens in späterer Zeit nur dann gesichert war, wenn der Vertrag eine Gegenleistung oder Erkenntlichkeit hatte. Eine wirksame Stipulation setzt also voraus, daß sie donandi, solvendi oder credendi causa geschlossen sei, da nur auf diese dreifache Weise eine Vermögenszuwendung möglich ist. Außerdem wurde die Wirksamkeit der Klage durch die von den Juristen ausgebildeten Condictionen oder durch die vom Prätor zugelassene doli exceptio vereitelt. Ausführlich begründet haben dieses Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen §. 88—94. (schon früher in der Zeitschrift für Civilr. und Civilpr. Bd. XV. S. 207) und Gneist, die formellen Verträge des neueren röm. Obligationenrechts, S. 113—230.

149) Eine selbständige Theorie der Lehre vom Grunde bei den röm. Condiktionen, insbesondere bei der condictio sine causa, hat Windscheid (die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung. Düsseldorf, 1850) aufzubauen versucht. Seine Lehre ist in der Hauptsache, daß die Voraussetzung, wie er die materielle causa nennt, zu den Selbstbeschränkungen des Willens gehöre, als welche die Bedingung, die Befristung und der modus bekannt sind. Am meisten gleiche sie dem letzteren, weßhalb er sie sogar geradezu an die Stelle des modus gesetzt wissen will.

150) Windscheid, a. a. O. S. 47—55 betrachtet die causa als Motiv (Beweggrund), rechtfertigenden Grund (justa causa) und Voraussetzung. Bemerkenswerth ist, daß in den röm. Rechtsquellen neben causa im letzteren Sinn, wenn sie auf eine Gegenleistung sich bezieht, wie die englische consideration, auch der Ausdruck res vorkommt, z. B. l. 1 pr. D. 12, 4. — Eine Reception der röm. Condiktionenlehre nach Pothier

Nach englischem Recht erscheinen sowohl die Schrift, als die Tradition (sale) und die Erkenntlichkeit als eigentliche civiles causae oder (nach Brakton) vestimenta [151]) des Vertrags. Ein Unterschied zwischen contractus und pacta besteht nicht. Auch eine Naturalobligation hat da keine Stelle [152]). Die bloße Uebereinkunft ist, so lange die Form nicht hinzutritt, ein unverbindlicher Traktat, und selbst wenn in Schrift gebracht, weder Punktation noch Vertrag, wenn es an einer Erkenntlichkeit mangelt. Die Formen oder causae des Vertrags sind keine blose Beweisbehelfe oder Präsumtionen des Willens der Contrahenten; sie sind zugleich wesentliche Theile des Vertrags und Voraussetzungen seiner Rechtsbeständigkeit. Betrachten wir die Tradition der Waare, des Preises oder der arrha beim Kauf, so zeigt sich der Unterschied vom römi-

---

(traité des obligations n. 42—46) enthält der Code Civil in den wegen ihrer Schwierigkeit bekannten Art. 1131—1133. Wie wenig man sich vom Anfang an über den Begriff der obligation sans cause klar war, zeigen die Berathungen des Staatsraths und des corps législatif bei Entstehung des Gesetzbuchs. Ich verweise hierüber zunächst auf Windscheid, zur Lehre des Code Nap. von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte. Düsseld. 1847. S. 304—306.

151) Bract. fol. 99. Ex contractu vero oriri poterit (actio) multis modis, sicut ex conventione, per interrogationes et responsiones, ex conceptione verborum, quae voluntates duorum in unum trahit consensum, sicut sunt pacta, conventa, quae nuda sunt aliquando, aliquando vestita, quae si nuda fuerint, exinde non sequitur actio, quare ex nudo pacto non nascitur actio. Oportet igitur quod habeat vestimenta, de quibus inferius dicendum est, et hujusmodi causa ex contractu vel quasi semper erit civilis. — Est enim obligatio quasi contraligatio et quatuor habet species, quibus contrahitur, et plura vestimenta. Contrahitur enim re, verbis, scripto, consensu, traditione, junctura, quae omnia dicuntur vestimenta pactorum. Bekannt sind die Verse bei Co. Littl. 36 a:

Re, verbis, scripto, consensu, traditione,
Junctura vestes sumere pacta solent.

152) Es ist übrigens auch eine Streitfrage, ob nach röm. Recht das nud. pactum eine Naturalobligation hervorgebracht habe. Einige nehmen eine Einrede nur für pacta de non petendo an und behaupten, daß die andern pacta ohne alle Wirkung gewesen. Ich verweise hier nur auf Gneist, die formellen Verträge S. 157. 174 u. f.

schen Recht sogleich darin, daß dieses die arrha nur zum Beweise, nicht zur Gültigkeit des Vertrags fordert, der durch bloßen Consens perfekt ist[153]. Die Tradition gleicht mehr der die Klagbarkeit begründenden einseitigen Leistung bei den Innominatcontrakten[154]. Der Unterschied zeigt sich aber sogleich wieder darin, daß das jus poenitentiaē ausgeschlossen ist, wodurch der englische Kaufvertrag, wenn er durch Tradition perfekt geworden ist, mehr den Realcontracten gleicht[155]. Diese realistische Gestaltung des Kaufs im englischen Recht ist jedoch nicht auf römischen Einfluß zurückzuführen; sie ist offenbar germanischen Ursprungs[156]. Das Reuerecht wi-

153) Inst. Just. III. tit. 24. Emptio et venditio contrahitur simul atque de pretio convenerit: quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit. Nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae.

154) Bracton wendet die römische Lehre von der bei den Innominatcontrakten vorkommenden Leistung als causa auf die gesammte Vertragslehre an. Fol. 1036. Causae vero hujusmodi actionum sunt quatuor contractus superius nominati, de quibus superius dictum est in titulo de donationibus. Ut do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Vgl. Fol. 19. Hier bei der Schenkung behandelt er die causa als modus.

155) Im Mittelalter kam übrigens das j. poenitentiae wenigstens in dem Fall vor, wenn der Kauf nur durch arrha zu Stande gekommen war. Glanv. X. cap. 14. Ubi vero sole arrhe date sunt, si emptor a contractu recedere voluerit, id ei cum arrharum amissione licebit. Bezüglich des Verkäufers ist Glanvilla im Zweifel. Bracton (Fol. 616) äußert sich hierüber, nachdem er die Regel aufgestellt, daß der Kauf nur durch Uebergabe von arrhae oder scriptura perfekt werde, in folgender Weise: Item cum arrharum nomine aliquid datum fuerit ante traditionem, si emptorem emptionis poenituerit, et a contractu resilire voluerit, perdat quod dedit: si autem venditorem, quod arrharum nomine receperit, emptori restituat duplicatum.

156) L. Bajuv. tit. XV. c. 10. Qui arrhas dederit pro quacumque re, pretium cogatur implere quod placuit emptori. L. Wisig. Lib. V. tit. 4. cap. 4. Am Schluß ist zu lesen res definita valeat. Siehe Eichhorn, d. Staats u. R.G. I. §. 68. Note 9. Auch nach der heutzutage in Deutschland modificirten Theorie des röm. Rechts ist das Reuerecht bei Innominatcontrakten nicht minder ausgeschlossen, als bei den Consensualcontrakten. Siehe Puchta, Pandekten §. 308. Note c.

verspricht überhaupt dem Charakter des deutschen Rechts [157]). Diese realistische Auffassung des Kaufvertrags führte jedoch keineswegs zu einer Verwischung des Unterschieds der Real- und Consensualcontrakte überhaupt. Dieses ist schon in der Natur der Sache gegründet, da wenigstens die Klage auf Rückgabe jedenfalls die frühere Tradition der Sache voraussetzt. Auch leidet das englische Recht keineswegs an der Unbestimmtheit, wie das französische Recht. Zwar geht auch in England das Eigenthum sofort durch den Kaufabschluß auf den Käufer über, wie in Frankreich. Abgesehen aber davon, daß der Kauf nicht durch bloßen Consens perfekt wird, zeichnet das englische Recht doch noch den Fall aus, wo der Vertrag nur durch arrha abgeschlossen wird. In diesem Falle erlangt der Käufer zwar sofort ein Recht an der Sache, das Eigenthum; das Recht auf den Besitz aber doch nur dann, wenn er seinerseits vollständig erfüllt hat [158]). Vor vollständiger Erlegung des Kaufpreises ist also sein Recht nur ein abstraktes Eigenthum, eine leere Proprietät (property), eine Fordernng in potentia, wie die Deliktsforderung vor der Feststellung des Betrags durch das Verdikt, kein Nutzrecht oder wirkliches Herrschaftsverhältniß, wie es in der actio emti und jeder sofort exigiblen Forderung liegt. Wir sprechen hier nicht von dinglichen Rechten im römischen Sinn. Inwiefern von solchen im englischen Recht bei Mobilien gesprochen werden kann, wird im Prozeß zur Sprache kommen.

Gleich vortheilhaft zeichnet sich das englische Recht rücksichtlich der Schriftform vor den Continentalrechten aus. Die Bestimmungen über die Schriftform gleichen zwar im Allgemeinen denen des französischen Rechts; sie gestatten aber keine eidliche Abläugnung des schriftlich, nur nicht förmlich, geschlossenen Vertrags [159]). Näher

157) Siehe hierüber Stahls Anhang zur Rechtsphil. Bd. 2. Abth. 1. (über den Werth des röm. Privatrechts) S. 398.

158) Stephen II. p. 64. Uebrigens ist auch der französische Verkäufer nicht verpflichtet, die Sache vor Bezahlung des Kaufpreises zu überliefern (Cod. civ. A. 1612), ungeachtet A. 1583 ganz allgemein vom Uebergang des Eigenthums in Folge des Vertrags (des qu'on est convenu) spricht.

159) Diese Vorschrift läßt sich wohl auf germanische Quelle zurückführen, da eben auf dem Continent der Beklagte in der Regel durch Privaturkunden so wenig, als durch Privatzeugen überführt werden konnte.

steht die Auffassung des preußischen Rechts, das gleichfalls die Schrift zur Gültigkeit gewisser Verträge fordert; das englische Recht ist aber milder, indem es die Zulässigkeit der undokumentirten Klage nicht ausschließt [160]).

Jetzt erscheint auch die Natur der Erkenntlichkeit (consideration) durchsichtiger. Daß die Erkenntlichkeit von den Vertragsformen, wie Schrift und Tradition, vielfach abweicht, ist augenfällig. Sie läßt sich diesen formellen causae mit Recht als materielle causa entgegensetzen. Ebenso gewiß besteht aber auch eine so nahe Verwandtschaft mit den Vertragsformen, daß sich die Erkenntlichkeit mit ihnen auf gleiche Linie stellen läßt. Die Erkenntlichkeit gleicht am meisten der Tradition der Sache bei Realcontrakten. Diese enthält keine Erklärung des Willens der Contrahenten. Auf diesen Willen wird nur aus der Thatsache der Hingabe (re) geschlossen. Die Hingabe der Sache bei Realcontrakten enthält aber noch ein zweites Moment in sich. Sie vermittelt nicht nur den Schluß auf den Willen der Contrahenten, sondern auf den Zweck des Vertrags selber, und gerade dieses ist das eigentlich realistische Moment, und dasjenige, welches auch in der Erkenntlichkeit des englischen Rechts bei mündlichen Verträgen ausgeprägt ist.

Schon in der Rechtslehre des Mittelalters ist das formalistische und realistische Moment des Vertrags wohl auseinander gehalten, wie aus Brakton ersichtlich ist, der zwar vestimenta und civiles causae des Vertrags auf eine Linie stellt, am andern Ort aber doch die causa in einem engern Sinn nimmt und diese nur auf den materiellen Grund des Vertrags bezieht [161]).

Nur Gerichtszeugniß (siehe Sachsensp. Art. 7) und öffentliche (förmliche) Urkunden schlossen die Eidesreinigung aus. Ich verweise bezüglich öffentl. Urkunden und deren Beweiskraft im Mittelalter auf Ortloff, jurist. Abh. Bd. 1. S. 4 u. f. (vgl. oben Note 134 und 140).

160) Siehe hierüber Rüttimann, der engl. Civ.Pr. §. 35 und §. 287.

161) Siehe die Stellen in den Noten 148 und 151. Daß die Willenseinigung nicht allein die Rechtskraft des Vertrags bedingt, daß dieser nur unter der Voraussetzung eines rechtlichen Zweckes bindend ist, hat Stahl, Rechtsphil. II. Abth. 1. S. 322—324 trefflich gezeigt und zugleich die Beziehung des Vertrags zur Idee des gesammten Privatrechts aufgezeigt. In dieser Hervorhebung des objektiven, realistischen Moments liegt auch vor Allem die Bedeutung Stahl's für die neuere

Ueberschaut man jetzt die englische Lehre von den Vertragsformen, so stellt sich als leitender Gedanke offenbar die Rücksichtnahme auf den Beweis dar. Im ältesten Recht hat dieses noch einen rein polizeilichen Charakter durch die Vorschrift der Beiziehung von Zeugen zur Sicherung des Beweises beim Vertragsabschlusse. Im neueren Recht tritt statt dessen das Streben auf, einen bestimmten öffentlichen Akt als Zeichen des Vertragsabschlusses festzustellen. Dieses ist die Bedeutung der arrha, als die Nothwendigkeit des Zeugnisses beim Kauf weggefallen war, als dieses nicht mehr polizeilich gefordert, sondern der Fürsorge der Contrahenten anheimgestellt wurde. Das öffentliche Interesse fordert nur diese äußere Normirung der Perfektion des Vertrags nicht so sehr für den erkennenden Richter, als für den die Urtheilsfindung durch Feststellung der Thatsache vermittelnden Zeugen, somit weniger zur Erleichterung des Richters, als zur Sicherheit der Contrahenten und des Verkehrs überhaupt.

Vergleicht man die Entwicklung auf dem Continent, so sehen wir, daß ursprünglich derselbe Gedanke zu Grund liegt. Der Beweis ist anfangs hier wie in England durch die Vollziehung des Vertragsabschlusses bei Gericht, sowie außergerichtlich durch die Beiziehung von Privatzeugen oder Urkunden gesichert [162]). Abweichend aber von der englischen Entwicklung, welche durch Statut 29. Karl II. zu einem normalen Abschluß kam, artet die Vertragsform

Rechtslehre gegenüber der früheren Naturrechtstheorie sowie der des Rationalismus und einseitigen Idealismus überhaupt. Seltsamerweise hat aber Stahl, wie eben fast die gesammte neuere Rechtswissenschaft, die Vertragsformen ganz vernachlässigt; er fordert für die Wohlbestelltheit der Legislation nur, daß der Moment des Uebergangs des Eigenthums (im röm. Sinn) genau bezeichnet sei. A. a. O. S. 303.

162) Hlothh. et Eadr. 16. L. Ripuar. tit. 59 c. 1. L. Bajuv. tit. 15 c. 12. 13. In der letzten Stelle heißt es ausdrücklich: Pacta vel placita quae per scripturam quamcunque facta sunt vel per testes denominatos tres vel amplius immutare nulla ratione permittimus. Weitere Belege s. bei Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgesch. I. §. 67, der die eigentliche Bedeutung der Vertragsform mit Privatzeugen mit Recht darin vermuthet, daß sie den gerichtlichen Abschluß des Geschäfts ersetzen soll. Siehe oben meine Note 134 und über den Beweis bei Verträgen überhaupt Note 80.

auf dem Continent in leeres, willkürliches Symbol und zwecklose Förmlichkeit aus [163]), und führt am Ende zur Rechtskraft des rein formellen Vertrags und zur Klagbarkeit jedes formlosen Rechtsgeschäfts ohne alle Rücksicht auf die materielle causa [164]).

Werfen wir schließlich, nachdem wir das Vertragsrecht dargestellt haben, einen Blick auf das persönliche Eigenthum im Ganzen, so stellt es sich uns in zwei Gruppen getheilt dar, und zwar nach der juristischen Terminologie als property in possession und pr. in action, welch letzteres Eigenthum die noch nicht realisirte Forderung, die Forderung im eigentlichen Sinn ist. Während das röm. Recht nur das Rechtsband, die innere Beziehung, das Verhältniß des Gläubigers und Schuldners (obligatio) im Auge hat, hebt eben das englische Recht, wie das deutsche, die vermögensrechtliche Bedeutung der Forderung als Gegenstand des socialen Verkehrs hervor, als deren Gegensatz die Schuld, das passive Vermögen, erscheint.

---

163) Ueber die ursprünglich realistische (juristische) Bedeutung der Symbole kann auch auf Michelsen, über die festuca notata und die germanische Traditionssymbolik, 1855, verwiesen werden.

164) Daß nach heutigem gemeinen (Pandekten-) Recht in Deutschland der formlose Vertrag die Stelle der röm. Stipulation angenommen habe, ist die Ansicht v. Savigny's (Oblig.recht Bd. 2. S. 239 u. f.) und auch die allgemeine der Praxis. Es ist zwar auch die entgegengesetzte Ansicht von Romanisten aufgestellt und begründet worden. Siehe die oben in Note 148 angeführten Schriftsteller. Letztere Auffassung ist auch in Lehrbüchern vertreten, wie in Puchta, Pandekten §. 257, der auch die einer causa debendi ermangelnde Schuldverschreibung s. g. cautio indiscreta damit zusammengestellt hat. Es läßt sich auch rein aus der germanischen Beweistheorie die Nichtanwendung der röm. Stipulation in Deutschland erklären und aus prozessualischen Gründen nach älterem deutschen Recht die umständliche Angabe der Gegenleistung für die Begründung der Klage und somit die Nothwendigkeit der Erkenntlichkeit für die Wirksamkeit eines Vertrags fordern. Eine Begründung dieser Art, anknüpfend an die Resultate der neuesten Literatur über das deutsche Beweisrecht, enthält ein beachtenswerther Aufsatz Heimbach's, über den Grund und die rechtliche Bedeutung der Formlosigkeit der Verträge nach heutigem Recht, in der Zeitschr. für Civilrecht und Proz. Neue Folge, Bd. XIII. Heft 1. S. 96—112. Ungeachtet dessen erscheint es aber doch wünschenswerth, daß die Gesetzgebung diesen Widerspruch in der Doktrin hebt.

Schuld ist die Verpflichtung des einen Contrahenten zu einer bestimmten Geldsumme. Außerdem kann aber die Verpflichtung die Natur einer Entschädigung (damage) haben, oder in der Leistung von Diensten, insbesondere in der Herausgabe bestimmter Sachen bestehen. Die Begriffe von Forderung und Schuld sind unabhängig von dem des Vertrags und reichen über diesen hinaus, obwohl die meisten Forderungen auf Verträgen beruhen, namentlich durch Ausdehnung des Begriffs der Contrakte und durch Aufstellung von Quasicontrakten, als welche die implied contracts neben den express c. erscheinen [165]). Der Vertrag ist nur der bedeutendste, nicht der einzige Entstehungsgrund der Forderung. Die Deliktsforderung darf nicht außer Acht gelassen werden [166]).

Ueberschaut man am Ende noch das gesammte Vermögensrecht, das Landgüterrecht (real property) und das bewegliche Eigenthum (personal pr.), so kann man nicht verkennen, daß das englische Recht nicht minder bei den Obligationen als bei dem liegenden Gute die gesammte Technik des römischen Rechts in sich aufgenommen hat, ohne seinen eigenen nationalen Gehalt zum Opfer zu bringen. In wieweit die dort erreichte Rechtsform etwa noch der heutigen Rechtsidee ferngeblieben ist, konnte hier nicht weiter ausgeführt werden. Soviel liegt aber zu Tage, daß die auf deutschen Ursprung zurückgehende Vermischung der Obligationen mit dem Eigenthumsrecht

165) Stephen II. p. 52 und 53.

166) Stephen II. p. 11. Ueber Schuld sind a. a. O. II. p. 134—136 richtige Erörterungen gegen Blackstone, der von der Schuld als einer Art Vertrag spricht und (Comm. II. ch. 30.) als Verträge: sale oder exchange, bailment, hiring und borrowing, endlich debt aufführt. Die Schuldverträge zerfallen nach ihm wieder in debts of record, by special und by simple contract. Stephen bemerkt mit Recht, daß eine Schuld existirt, wo immer Jemand einem Andern zur Leistung einer bestimmten Summe verpflichtet ist. Diese braucht keineswegs durch Vertrag allein zu entstehen; die Schuld kann z. B. auch durch das Erkenntniß eines Gerichts auf eine bestimmte Entschädigungssumme entstehen. Die Eintheilung der Verträge bei Blackstone ist eben auf das Akionenrecht, ähnlich der röm. Eintheilung, gegründet. Daß eine solche Klassifikation dem Wesen der Verträge nicht entsprechend ist, hat bezüglich des röm. Rechts bereits Stahl, Rechtsphil. Bd. 2. Abth. 1. S. 325—328. klargestellt.

der inneren Bestimmtheit der Rechtsverhältnisse und Rechtsinstitute nicht Abbruch gethan hat [167]).

167) Dieselbe Erscheinung zeigt sich auch mehr oder minder in den neueren Gesetzgebungen des Continents, namentlich im preuß. Landrecht, dessen ganzes System nur auf der Zweitheilung in Sachen- und Personenrecht beruht. Dabei wird aber im Sachenrecht merklich ein Eigenthum im weitern und engern Sinn unterschieden, je nachdem Rechte auf Sachen, d. h. dingliche gegen jeden Dritten verfolgbare Rechte auf Sachen, oder Rechte auf Handlungen in Frage stehen. Weniger Bestimmtheit hat der Code Civil, der übrigens ganz nach dem System des englischen Privatrechts im dritten Buch das gesammte Vermögensrecht mit Einschluß des Erb- und Eherechts sowie der Verträge unter der Rubrik des Eigenthumserwerbs (des différentes manières dont on acquiert la propriété) abhandelt. Das zweite Buch (des biens et des différentes modifications de la propriété) handelt nur von den Qualitäten (estates) des Eigenthums.

VI.

Genossenschaftsbildungen in Pommerschen Städten.

Von

Bürgermeister Dr. Päpcke in Greifswald.

Mit einer Nachschrift von Beseler.

Das Rechtsinstitut der Genossenschaften, obgleich altvaterländischen Ursprungs und auf den verschiedenen Gebieten des öffentlichen Lebens in bald größerer bald geringerer Entwicklung schon frühe vorkommend, ist doch erst in neuerer Zeit von der Wissenschaft erkannt und in seinem Wesen sowie in seinen rechtlichen Beziehungen gehörig gewürdiget worden [1]; die älteren Lehrer des deutschen Privatrechts haben dasselbe ganz unbeachtet gelassen. Auch in den Pommerschen Städten wird man nicht selten auf die Existenz jenes Rechtsinstituts hingeführt, namentlich kommen dort vielfach Genossenschaften vor, welche mit den Agrar-Einrichtungen und der Verfassung der Stadtgemeinden in nahem Zusammenhang stehen oder in einem besonderen Gemeindebedürfniß ihren Grund haben. Einige Fälle solcher Genossenschaftsbildungen, deren Veröffentlichung für die Sache nicht ohne Interesse sein dürfte, sollen hier mitgetheilt werden.

I. Gützkow.

§. 1.

In der Stadt Gützkow, zur alten Grafschaft Gützkow gehörig, besteht eine Einrichtung, wonach eine Anzahl Bürger, unter dem

---

1) S. Beseler, Volksrecht u. Juristenrecht S. 158 ff.; Schüler in den Jenenser Abhandlungen und Rechtsfällen von Ortloff u. s. w. Bd. I. Abhandl. 5. und 6. S. 223 ff.; Beseler, System des deutschen Privatrechts. Bd. I. S. 349 ff., und insbes. S. 377. Bd. II. §. 83. 84.; Bluntschli, deutsches Privatrecht. Bd. I. §. 33 ff.

Namen „der Bauleute oder der Baumannschaft" vereinigt, nicht unerhebliche Ländereien auf der dortigen Feldmark vor allen übrigen Gemeindemitgliedern zum ausschließlichen Besitz und Genuß inne hat. Sie zahlen an die Stadt dafür nur eine geringe Abgabe, nach 38 Baumanns-Antheilen berechnet für jeden Antheil 2 Thlr. Pomm. Courant, also zusammen 76 Thlr. Pomm. Courant, oder 86 Thlr. Preuß. Courant — und leisten außerdem zu Friedens- und Kriegszeiten die Fuhren, deren die Stadt bedarf, in üblicher Weise; fester ist die Fuhrenverpflichtung nicht bestimmt, und deren Umfang daher oftmals der Gegenstand von Differenzen zwischen der Stadt und den Bauleuten gewesen.

Ueber die Entstehung des Instituts der Bauleute fehlt es an allen urkundlichen Nachrichten, auch sind über die ganze Baumannseinrichtung sonst keine Statuten und Ordnungen vorhanden; was darüber vorliegt, beruht meistens auf Observanz und Herkommen oder auf Entscheidungen in einzelnen Rechtsstreitigkeiten; im Wesentlichen läßt sich jedoch jetzt Folgendes als ziemlich feststehend annehmen:

1) Die Baumannschaft soll der Regel nach 38 Mitglieder zählen und jedes Mitglied einen Baumannsantheil haben [2];
2) die Bauleute haben kein beständiges Recht in Bezug auf die in ihrem Besitz befindlichen Grundstücke, die Nutzung derselben steht ihnen vielmehr nur zu vermöge ihrer Baumannseigenschaft und so lange sie in der Baumannschaft sind;
3) die Mitgliedschaft der einzelnen Bauleute dauert auf Lebenszeit, vorausgesetzt, daß sie im Stande bleiben, die dem Bau-

---

2) Nach der Vermessung von 1856 beträgt der Besitz der Baumannschaft:

an Acker	207 M.	29 □R.	Magdeb. M.	
an Wiesen	66 —	64 —	—	
an Hölzungen	183 —	85 —	—	
dazu an Koppeln, in denen jedoch auch die übrigen Bürger gewisse Weidebefugnisse haben.	184 —	28 —	—	
— :	641 M.	26 □R.		

Vorhanden sind 39 Baumannsantheile; einer davon, früher Amtsemolument des Bürgermeisters, wird jetzt zum Besten der Stadt nutzbar gemacht.

mann obliegenden Verpflichtungen zu erfüllen; sonst müssen sie ausscheiden;

4) auch die Wittwe des Baumanns behält ihren Antheil, so lange sie die Wirthschaft fortsetzt;

5) die Baumannschaft beschließt allein über die Aufnahme neuer Mitglieder und verleiht selbstständig die vakanten Antheile, bestimmt auch interimistisch darüber bis zu einer definitiven Wiederverleihung; ingleichen verfügt sie über die Ausschließung von Mitgliedern, welche ihren Verpflichtungen nicht nachkommen können;

6) Veränderungen im Besitz der Baumannsantheile sind dem Magistrat anzuzeigen;

7) Die Bauleute haften solidarisch für die Erfüllung ihrer Verpflichtungen;

8) Die Baumannschaft hat einen Vorstand, welcher aus vier lebenslänglich gewählten Deputirten besteht;

9) Beschlüsse in Angelegenheiten der Baumannschaft werden nach Stimmenmehrheit gefaßt; Wittwen haben in der Versammlung nicht Sitz und Stimme;

10) Beim Eintritt in die Baumannschaft wird ein Receptionsgeld gezahlt;

11) die Baumannschaft hat eine eigene Lade und Kasse, welche sie selbstständig verwaltet, ohne zur Rechnungsablegung an die Obrigkeit verpflichtet zu sein.

§. 2.

Die im Besitz und Genuß der Bauleute befindlichen Grundstücke gehören der Stadtgemeinde. Dies ist unbedenklich, und von den Bauleuten selbst niemals ernstlich in Zweifel gezogen; auch die Gerechtsame der letzteren daran sind wenigstens bis zur Mitte des vorigen Jahrhunderts, soweit dies verfolgt werden kann, im Hauptsächlichen unangefochten geblieben. Seitdem aber ist es darüber fortwährend zu Streitigkeiten gekommen, bei welchen selbst der rechtliche Bestand des ganzen Baumannschafts-Verhältnisses nicht unberührt geblieben ist.

Zuerst traten damals die Alterleute und Mitmeister der sämmtlichen Gewerke in Gützkow auf, und verlangten den Mitgenuß der in den Händen der Bauleute befindlichen sogenannten Stadt-

freiheiten [3]). Sie verfolgten ihre vermeintlichen Ansprüche gegen den Magistrat und die Bauleute selbst mittelst einer beim Amtsgericht in Wolgast, vor welchem die Stadt früher Recht zu nehmen hatte, im Jahr 1749 angebrachten Klage, und die Sache, gelangte nachdem im Jahr 1751 in erster Instanz rechtlich entschieden und gegen dies Erkenntniß von beiden Theilen appellirt war, demnächst in zweiter Instanz an die damalige Königliche Regierung in Stralsund.

Die Königliche Regierung verfügte eine Untersuchung an Ort und Stelle durch eine Commission, und unter deren Vermittlung kam nach vielen Erörterungen im Jahr 1752 ein Vergleich zu Stande, welcher im Jahr 1753 die landesobrigkeitliche Bestätigung erhielt [4]).

---

3) Unter Gemeinde- oder Stadtfreiheiten werden diejenigen Grundstücke auf der Feldmark verstanden, an denen den Mitgliedern der Stadtgemeinde die gemeinsame Benutzung frei gegeben ist und zusteht. — Sie sind Gemeingut, im Gegensatz gegen das Sondergut, welches das Privat-Eigenthum der Gemeinde-Mitglieder bildet oder wenigstens zur privativen Nutzung Einzelner verstellt ist.

4) „In Sachen der Alterleute und Mitmeister der Gewerksbürgerschaft zu Gützkow contra Bürgermeister und Rath, wie auch Bauleute, daselbst in puncto Theilnehmung an den Stadtfreiheiten p. p. p. wird, nachdem die Königliche Regierung den a Commissione vermittelten Vergleich zwischen Partes genehmiget, und selbigen in allen seinen Punkten und Clauseln confirmiret, hiermit abhelflich festgesetzt und verordnet, daß:

1mo. der jetzigen und zukünftigen Gewerksbürgerschaft und ihren Interessenten ein Drittel des alten Brechens bei nächster Braakzeit eingeräumt,

2do. derselben ebenfalls das sogenannte Schaar und die Backofens-Wiese überlassen werde, dahingegen

3tio. die jetzige und künftige Baumannschaft den Gehren, den Staudieck nebst denen Holz-Kaveln, die Quebbe und die zwei Drittel des alten Brechens vor sich behält, wenn aber

4to. die jetzigen Pfandjahre der Stadt-Brinken verstrichen, sollen zwar selbe nach wie vor ausgethan, jedoch dazu sowohl der Baumann als andere zugelassen werden.

5to. In Ansehung der von der Gewerksbürgerschaft so sehr urgirten Quebben-Wiesen, wird derselben, da sothane Wiesen der Bau-

Danach wurden zwar in der Hauptsache die Bauleute in ihren Gerechtsamen erhalten, jedoch gleichzeitig einige ihrer Grundstücke, wenn gleich nur wenige, theils der Gewerksbürgerschaft zur Benutzung überlassen, theils zur Rückgabe an die Stadt zum Zweck freier Verpachtung unter Zulassung aller Bürger hiezu verstellt; auch wurden noch verschiedene Nebenbestimmungeu in dieser Angelegenheit getroffen.

Zu diesen Bestimmungen gehörte auch der Vorbehalt, dasjenige, was sowohl von den Gewerksbürgern als den Bauleuten für die ihnen zu ihrer Nutzung hiernach sei es zufallenden oder verbleibenden Grundstücke an die Stadt zu erlegen sei, noch näher nach Billigkeit zu behandeln. Damit blieb es aber, ohne daß dieser Punkt seine Erledigung fand, auf sich beruhen; eben so geschah auch nicht die Rückgabe der für die Stadt bestimmten Grundstücke — es waren dies sogen. Stadtbrinke, welche die Baumannschaft sich früher wahrscheinlich nur mißbräuchlich angeeignet und selbst antichretisch verpfändet hatte, und deren Restitution nach Ablauf der Pfandjahre daher vergleichsweise festgesetzt war, — vielmehr behielten die Bauleute dieselben ebenfalls noch im Besitz. Der

---

mannschaft verbleiben, zwischen den sogenannten hintersten Damm und die Wiekschen Grenzen, neben den Peene-Wiesen ein conformer verbesserter Platz angewiesen, welcher aus der gemeinen Hütung mit einem Graben abzusondern und für der jetzigen und zukünftigen Gewerksbürgerschaft und Theilnehmende zu einer Wiese zu aptiren. Was

6to. von beiden Parten für die ihnen verbleibenden Grundstücke an der Stadt zu entrichten, wird auf einer equitablen und denen Umständen des Orts und der Nahrungs Art conformen Weise behandelt und erleget die Gewerksbürgerschaft und Theilnehmende den dritten Theil der Prästation und des Meßkorns für den alten Brechen, die Fuhren und Handdienste bleiben in voriger Ordnung. Was

7mo. die Unkosten, so von beiden Theilen durch diesen Proceß verwandt werden, anbetrifft, so werden selbige nach dem bisherigen modo contribuendi bei Stadtausgaben durch eine allgemeine Anlage erstattet.

Stralsund den 24. Januar 1753.

Subscr. Reg. Regim."

Vergleich vom Jahr 1752 kam daher in wesentlichen Punkten nicht zur Ausführung, und dieser ungeregelte Zustand dauerte fort, bis im Jahre 1791, wo bei Gelegenheit einer damals angeregten landesobrigkeitlichen Regulirung der Stadtverfassung und Abstellung verschiedener in der Verwaltung eingetretenen Unordnungen und Mißbräuche auch auf die Baumannschaft die Aufmerksamkeit wieder gelenkt wurde. Deren Verhältniß ward ebenfalls vor der, für die ganze Angelegenheit niedergesetzten Regierungs-Commission Gegenstand wiederholter Erörterungen, und danach wurde denn in das hienächst verfaßte Stadtreglement vom 20. Septbr. 1793 unter andern auch über die Benutzung der sogen. Stadtfreiheiten Seitens der Bürger im Allgemeinen sowohl als der Bauleute insbesondere das Weitere aufgenommen. Die in das Stadtreglement aufgenommenen Bestimmungen schlossen sich meistens dem Vergleich vom Jahr 1752 an, behielten aber noch wiederum Manches zur näheren Festsetzung vor, und es wurden daher die commissarischen Verhandlungen erneuert. Hiebei kam es jedoch zunächst zu so vielen Incident-Streitigkeiten, und theilweise selbst zu Entscheidungen darüber in letzter Instanz bei dem damals in Wismar befindlichen, nachher nach Greifswald verlegten Tribunal, daß der erste umfassende Commissionstermin nur erst im Jahr 1796 abgehalten werden konnte. Auch in diesem Termin fand die Sache noch keine Erledigung, vielmehr wurde noch an die vorgesetzte Königliche Regierung berichtet, und nach fortgesetztem Verfahren sodann auf ein Commissions-Protokoll vom 2. Septbr. 1801 über die vorliegenden Streitigkeiten, — in welcher aber nicht, wie früher, die Alterleute und Meister der Gewerke dem Magistrate und den Bauleuten, sondern jetzt der Magistrat und die Bürgerschaftlichen Repräsentanten Namens der Stadt, den Bauleuten gegenüber standen, — von der Königlichen Regierung unterm 4. December 1801 rechtlich entschieden.

Die Bauleute appellirten gegen diese Entscheidung an das Tribunal zu Wismar, und in höchster Instanz endete darauf diese Sache mit einem unterm 21. April 1806 bestätigten Vergleich vom 13. Decbr. 1805[5]).

---

5) Extractus Protocolli S. R. Tribunalis de 13 December 1805 beim Vorbescheide in Sachen der sämmtlichen Bauleute zu Gützkow Appellanten und Querulanten wider Bürgermeister und Rath, auch Reprä-

Dieser Vergleich, obgleich auf denjenigen von 1752 gleichfalls wieder verweisend, enthält jedoch außerdem noch manche ergän=

---

sentanten der Bürgerschaft daselbst, Appellaten und Querulaten, betreffend die zur Untersuchung des Stadtwesens angeordnete Commission, jetzt die Entscheidung über die Benutzung des Stadteigenthums.

Nachdem im heutigen Termin beiderseitige Bevollmächtigte sich eingefunden, nemlich appellantischer Seits die vier Bauleute Prütz, Krüger, Kräpelin und Frank nebst ihrem Sach- und Anwalte Doktor Pyl, von Seiten der Appellaten aber der Bürgermeister Pütter aus Gützkow und der Camerarius Henning aus Wolgast nebst dem Procurator Dr. Haeckermann, ist nach vorgängiger Legitimation, und nachdem Partibus die auf beiden Seiten zum Vergleich rathenden Gründe eröffnet worden, die proposition des höchsten Gerichts dahin gegangen:

A. Es behält bei dem Vergleich vom Jahre 1752 überall das Bewenden und selbiger ist und bleibt eine immerwährende Norm, insoferne nicht durch die nachfolgenden Bestimmungen darüber das Weitere festgesetzt ist.

Es fallen daher

B. alle den Bauleuten von der Königlichen Regierung in der Verabschiedung vom 4 Dezember 1801 sub Nr. 2—6 gemachten Beschränkungen weg, vielmehr bleiben Bauleute in der Art und Weise, wie sie bisher die Baumannsantheile genossen und besessen, und selbst über die vakant gewordenen disponirt haben, schlechthin beim Alten und bei demjenigen, was bisher üblich gewesen.

Dahingegen entrichten sie

C. künftighin alljährlich auf Martini von jedem Baumannsantheile an die Stadt einen Scheffel Roggen in natura in derjenigen Beschaffenheit, wie ihn der Jahresertrag mit sich bringt, und fangen hiermit auf Martini 1806 an, bleiben auch außerdem zu den Stadtfuhren in bisher üblichen Maaße verpflichtet.

Sie übernehmen ferner:

D. mit dem Eintritt des Jahres 1806 die Hufensteuer von Einem Morgen für jedes Baumanns-Antheil, jedoch so, daß wenn auch etwa eine Erhöhung des Hufenstandes der Stadt eintreten sollte, von ihnen nie Mehr als die Versteurung des übernommenen Einen Morgens verlangt werden kann. Dabei versteht es sich aber von selbst, daß was Bauleute in anderer Rücksicht sonst schon an Servicen und Steuern bisher getragen haben, ihnen gleichfalls nach wie vor, zur Last verbleibt.

zende Bestimmungen, und darunter solche, welche für den ferneren Rechtsbestand des ganzen Baumannschafts-Instituts von der größten

---

Bauleute liefern ferner

E. im Herbste 1806 die Stadtbrinke an die Stadt ab, und zwar ohne zu deren Befriedigung verpflichtet zu sein.

Die Stadt entsagt

F. aller und jeder Nachrechnung nicht nur in Ansehung dieser Brinke, sondern auch in Ansehung der seit 1752 entrichteten zu geringen Abgabe für die Baumannsantheile, erkennt auch nunmehro den Besitz der Bauleute und ihrer Gerechtsame als unwiderruflich und unabänderlich an, und also so, daß nie eine weitere Erhöhung der Abgabe statt finden kann, steht mithin auch von der Untersuchung darüber, wie Bauleute in ihren Besitz gelangt sind, ab.

Bauleute bleiben deswegen auch

G. in Ansehung der Weichhölzung in dem alleinigen und ausschließlichen Besitze und Genusse, wie sie es bisher gewohnt gewesen, jedoch so, daß sie

a. die vorgeschriebene forstmäßige Einrichtung sich gefallen und selbige ungesäumt veranstalten lassen;

b. die Administration nur unter Aufsicht des Felddepartements, sowie es bisher üblich gewesen, exerciren;

c. dem Bürgermeister die Oberaufsicht dahin gestatten, daß er über die sonstige Behandlung der Hölzung und über die Abwendung alles Nachtheils durch fremden Eindrang und dessen gehörige Bestrafung mit wachen möge, übrigens mit der Administration ohne Befassung bleibe; daß sie

d. aus der Weichhölzung fernerhin alles dasjenige leisten und abgeben, was daraus bisher von ihnen wirklich andern praestirt worden, auch insofern ein Ueberschuß zum Verkaufe entstehen sollte, zu dessen Ankaufe ausschließlich die Bürgerschaft verstatten, jedoch so, daß das Geld den Bauleuten zufällt.

H. Die bisherigen Proceßkosten gehen gegeneinander auf.

Appellantische Deputirte erklärten zwar im Allgemeinen ihre Bereitwilligkeit, diese Vorschläge anzunehmen, nur könnten sie theils keine Steuern übernehmen, und müßten daher diesen Punkt gänzlich ablehnen, theils könnten sie als jährliche Abgabe von jedem Baumannsantheile nur 1 Thlr. offeriren und müßten daher, falls dies nicht acceptirt werden sollte, sich die Erlaubniß erbitten, diesen Punkt ad referendum zu nehmen, und nach erhaltener Rücksprache mit ihren Committenten die weitere Erklärung darüber einzubringen.

Bedeutung sind. Derselbe bildet für das Baumannsverhältniß gegenwärtig die wichtigste rechtliche Grundlage, und wenn auch seit

Es wurde ihnen hierauf von Seiten des höchsten Gerichts weiter zu erkennen gegeben, daß nur in Rücksicht auf die zu übernehmende Versteurung Eines Morgens vom Baumannsantheile die jährliche Abgabe so niedrig vorgeschlagen sei, und sie also, insoferne sie sich nicht etwa mit ihren Heimgelassenen noch zur Uebernahme sothaner Versteuerung sollten disponiren können, sich entschließen möchten, entweder die von der Königlichen Regierung bestimmten 2 Thlr. oder auch an deren Stelle jährlich 1 Scheffel Roggen und 1 Scheffel Hafer von jedem Baumannsantheile zu entrichten, wobei man denn den letzten Ausweg, sowohl den Bauleuten, als auch selbst der Stadt am meisten glaubte empfehlen zu müssen, indem sodann künftig nie Klagen über Verkürzung des einen oder des andern Theils entstehen könnten, sondern jeder derselben die Vortheile der Conjuncturen und Preise zu genießen habe.

Appellatische Deputirte äußerten, die in solcher Maaße weiter modificirten hohen Vorschläge ihrer Instruction zu Folge ebenfalls nur ad referendum annehmen zu können.

Es wurde hierauf concludirt, daß den Partheien Extractus Protocolli bewilligt und demnächst zuvörderst auf's fördersamste die vorbehaltene nähere Aeußerung der Bauleute, schließlich aber auch, wenn diese den Appellaten werde mitgetheilt sein, der letzteren Erklärung erwartet werden solle, und würden sodann Partes für diesmal dimittirt.

* * *

In Sachen sämmtlicher Bauleute zu Gützkow, Appellanten und Querulanten, wider Bürgermeister und Rath, auch Repräsentanten der Bürgerschaft daselbst Appellaten und Querulaten, betreffend die zur Untersuchung des Stadtwesens angeordnete Commission, jetzt die Entscheidung über die Benutzung des Stadteigenthums, wird zuvörderst den Appellanten und Querulanten die gegenseitige Aeußerung vom 3 März a. c. abschriftlich mitgetheilt, und demnächst weiter hauptsächlich verabscheidet befunden und erkannt: daß der gerichtlich vorgeschlagene und beiden Theilen bereits per Extractum Protocolli de 13 Dezember a. c. mitgetheilte Vergleich allen seinen Punkten und Klauseln nach hiemittelst gerichtlich bestätigt sein solle, jedoch mit der durch die nachherigen wechselseitigen Erklärungen erwachsenen näheren Modification, daß

1) ad litt. C. die jährliche, nun ein für allemal festgesetzte und keiner

dessen Abschluß es an neuen Streitigkeiten zwischen der Stadt und den Bauleuten nicht gefehlt hat, so haben sich diese doch nur noch

---

künftigen Erhöhung weiter unterworfen bleibende und neben der bisher üblichen Stadtfuhren zu leistende Abgabe von den Baumannsantheilen an die Stadt zu zwei Reichsthalern in Gelde zu bestimmen, wogegen von den Appellaten und Querulaten die verheißene proportionirliche Erhöhung der Abgabe der Gewerksbürgerschaft in Ansehung deren Antheils an dem alten Brechen und den Heu-Kaveln zu bewirken und ebenmäßig für die Beibehaltung der bisher üblich gewesenenen Handdienste der gedachten Bürgerschaft zu sorgen ist; daß

2) ad litt. D. die, außer den bisher schon üblich gewesenen Steuern und Servicen, den Bauleuten zugemuthete Versteuerung eines Morgens von jedem Baumannsantheile wegfalle, und mithin auch in dieser Absicht es bei demjenigen, was bisher üblich gewesen, überall zu lassen sei, sowie

3) ad litt. E. hinzuzufügen, daß Bauleute zu der Licitation der Stadtbrinke mit zuzulassen sind.

Uebrigens versteht es sich schon von selbst:

a. daß dem von Appellaten und Querulaten behaupteten Rechte des Bürgermeisters auf einen Baumannsantheil, sowie er selbigen bisher besessen und genossen hat, durch den Vergleich sub litt. B. nichts solle entzogen sein, imgleichen, daß

b. wegen der von Appellanten und Querulanten urgirten Pferdehütung in der Weichhölzung, und von den Appellaten und Querulaten in Anspruch genommenen Befugniß Bürgern die Erlaubniß zum Schneiden der Bohnenstöcke und Gartensträuche ertheilen zu können, da dieserwegen bisher nichts in lite gewesen, das Nähere unter einstweiligem Vorbehalte der Rechte, allererst bei der bevorstehenden forstmäßigen Eintheilung der Weichhölzung wird in Betrachtung kommen und regulirt werden müssen; daß

c. eintretende Veränderungen in Ansehung der Baumannsantheile dem Magistrat von Bauleuten angezeigt werden müssen und daß endlich

d. auf alle weitere, im Vorhergehenden nicht ausdrücklich bemerkte Zusätze oder Abweichungen des einen oder des andern Theils von den gerichtlichen Vergleichsvorschlägen, vorkommenden Umständen nach, keine weitere Rücksicht zu nehmen sei.

Hiernach haben nun Partes sich künftig überall zu richten, und wie schon vergleichsmäßig die Prozeßkosten gegen einander aufgehen, sollen Acta an die Königliche Regierung remittirt werden. Von Rechts Wegen.

auf die Verfolgung und Ausführung einzelner die Bauleute angehenden Rechte und Verpflichtungen bezogen, über das ganze Institut an sich ist es seitdem nicht wieder zu rechtlichen Contestationen kommen.

§. 3.

Es ist schon oben bemerkt, daß es an urkundlichen Nachrichten über die Entstehung der Baumannschaft und ihrer ganzen Einrichtung fehlt, und nach Inhalt der vielen seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts vorgekommenen aktenmäßigen Verhandlungen, namentlich aller commissarischen Verhandlungen, welche mit den Betheiligten gepflogen und den verschiedenen rechtlichen Entscheidungen vorangegangen sind, wird es auch hier noch von allen Seiten besonders anerkannt, daß Privilegien, Rollen und schriftliche Verfassungen, aus denen irgend etwas Sicheres zu entnehmen sei, nicht existiren. Es hat indeß nicht ausbleiben können, daß bei allen jenen Verhandlungen und in den einzelnen Proceßschriften Entstehung und eigentliches Rechtsfundament des ganzen Baumannschaftsverhältnisses nichts desto weniger zur Erörterung gebracht sind. Alle Ausführungen sind jedoch überall nur sehr schwankend und unvollkommen. Die Gewerksbürger und die Gegner der Bauleute überhaupt berufen sich zur Begründung der vollen Theilnahme aller Bürger an den gesammten sogen. Stadtfreiheiten, darunter auch denen der Bauleute, auf die Urkunde des Grafen Johann von Gützkow vom 29 August 1353 [6]), wonach derselbe

---

Publicatum beim Königlichen hohen Tribunal in Greifswald den 21 April 1806.

6) Dähnert, Pommersche Urkunden. Bd. II. S. 447 ff. In nomine domini Amen. Nos Johannes dono domini Comes in Gützecow, universis Christi fidelibus quorum interest vel interesse poterit presentia visuris vel audituris et ad quorum notitiam hoc scriptum pervenerit, salutem in eo qui neminem vult perire. Quoniam omnium habere memoriam potius est divinitatis quam humanitatis, temporales simul fluunt actus cum tempore, nisi curentur sigillatis apicibus eternari. Noscat igitur tam nobilis etas presentium quam commendabilis successio futurorum, quod nos libero nostro arbitrio atque voluntate nostra nostrorumque vasallorum maturo ac sane pio prehabito consilio et consensu dimisimus, donauimus presenti-

die bei der Stadt Gützkow befindliche Feldmark allen Bürgern ohne Unterschied verliehen habe, und einer hiebei bevorzugten Klasse der-

busque dimittimus & donamus integraliter & ex toto, nostris fidelibus consulibus civitatis nostre Gützcow, una & eorum concivibus *totales generalesque agros & campos*, *cultos & incultos*, cum suis omnibus terminis atque metis, usibus seu utilitatibus *iam dicte civitati Gutzcow adjunctos & annexos.* videlicet *campum agrumque* totum in Swynrow, veluti inter se & molendinum quod aqua circumducitur, dictum Surappel-Möle, curiam dictam Crowelin ceterasque villas circumsitas & jacentes scilicet Vritzow & Upatell, curialiter finaliter distinctus est & amice, **agrum nec non campum integrum** in Gützekow debitos rectosque terminos ac distinctiones inter se & villas infra scriptas, videlicet Owstin & Pentin gerentem & penitus habentem" **campum communem & integralem** *), situm in insula que vocatur Bregke, qui inter se & *castellanos* **) cum fossa per pratum arcum (arctum) proprio & nostra lingua lucidius enarrando de schmale Wisch, versus Penam fluuium transeuntem totaliter consistit disbrigatus & discussus. Hec omnia & singula & quodlibet premissorum Nos dictus Johannes

*) Von dem der Stadt Gützkow hienach beigelegten Gebiet — dem Felde von der Swinow bis Fritzow und Upatel, dem Felde bei Gützkow bis Owstin und Pentin und dem von dort ab bei der insula Bregke belegenen, bis zu dem der Castellanen sich erstreckenden Felde — wird allein dies Feld beim Brechen als campus communis bezeichnet, während für die übrigen Felder diese Bezeichnung fehlt. Dies verbunden mit dem Umstande, daß vorzugsweise dort auch noch jetzt die sogen. Stadtfreiheiten der Bürger sind, setzt es ausser Zweifel, daß dasselbe von jeder die zur gemeinschaftlichen Benutzung der Gemeindeglieder verstellten Stadtgrundstücke enthalten hat. — Namentlich befindet sich auch hier der Baumannsbesitz. Insul Bregke ist ein mitten unter Wiesen und Weiden isolirt belegenes Ackerstück, welches die Bauleute in 38 resp. Theile getheilt, einzeln und privative, also als Sondergut, zur Benutzung noch jetzt inne haben, und umher sind ihre gemeinschaftlichen Wiesen und Weiden belegen.

**) Castellani sind hier die zur Burgvertheidigung verpflichteten Vasallen, — nach der deutschen Einwanderung der zu den Grafen von Gützkow im Lehnsverband stehende umliegende Adel. — Das unmittelbar an der Gützkower Feldmark in der Gegend der sogenannten Stadtfreiheiten belegene im Besitz der von Lepel jetzt befindliche Gut Wieck weiset in seiner aus Vicus herzuleitenden Benennung insbesondere auf seinen Zusammenhang mit der Burg Gützkow hin und ist vielleicht ein Theil der Bauwycke bei Gützkow gewesen, davon abgezweigt und zu Lehn weggegeben. Auch der dort belegene Schulzenhof — eine Domaine unmittelbar bei Gützkow — läßt es schon seinem Namen zufolge nicht zweifelhaft, daß dieser dem Schultheißen, — Scultetus, Gräfl. Voigt, — als Amtsemolument zuständig gewesen ist und zu den alten Gützkower Burgortschafts-Ländereien gehört hat.

selben, der Bauleute, nirgends gedacht sei; sie stellen dabei die behaupteten Gerechtsame der Bauleute als Uebergriff und Anmaßung

---

Comes Gützcowiensis contulimus presentibusque conferimus nostris consulibus dilecte civitatis Gützcow antememorate, pariter et concivibus eorum, cum pratis, pascuis, sespitibus, aquis, rivulis, aqueductibus, syluis, rubetis, paludibus ac fundis, propctuis temporibus pacifice et quiete possidendis, sine briga cum omni jure, justitia de alto & basso, cum utilitatibus, liberatibus atque proprietatibus *prout huc usque a nostris progenitoribus habuerunt ab antiquo*, **exceptis** montibus leporum, quorum ligna nos sepedictus Johannes Comes Gützcoviensis nostrique legitimi successores & heredes seu nostri advocati presentes & futuri, nec aliquis nostro nomine ulli hominum sub celo vendere, dare, distribuere, secare aut secari nolumus, nec quoquo modo debeamus, sed crescat & vigeat ad usus civitatis prenotate; prefati vero Consules, simul concives & eorum ligna dictorum montium, nisi per adhibitionem nostri consilii & consensus nullatenus resecabunt seu fruantur, sed omnis juris ac justitie plenitudinem in pretactis montibus atque lignis, nulla vi aut metu interueniente possidendo perpetue retinebunt. Item notum esse volumus, scripto in presenti publica profitendo, quod prefati consules dicte civitatis redditus quatuordecim marcarum, quos nobis & nostris antecessoribus de sepius dicta civitate exsolvere, nec non annuatim expagare debebant & solebant, mediante consilio, auxilio & favore nobilis Domini Johannis comitis Senioris patris nostri preamabilis, cuius anima cum Christo feliciter requiescat, libere exemerunt. Nosque prefatam civitatem Gützcov ab omni jugo servitutis, exactione & angaria, quod proprie Ungeld dicitur, dimisimus presentibusque dimittimus, medullatius & ex toto, liberos, quietos & solutos. Ne autem hec nostra pia ac rationabilis dimissio & donatio a nobis nostrorumque justorum heredum & successorum calumnia in posterum malitiose impediatur seu infringatur, presentem paginam exinde confectam nostri sigilli charactere jussimus ac voluimus communiri. Ad evidentiam huius facti pleniorem Testes sunt Lippoldus dictus Bere miles, una cum suis filiis eodem tempore commorantibus in Slawetow, Borchardus & Nicolaus fratres dicti Gröpelins, nostri advocati dilecti & fideles. Thidericus Pa . . Horn-Dessin. Vicco Bere in Müssow. Hinricus Bere in Vorgatz. Martinus Winterfeld. Czabellus Heiden in Kagenow. — de Gribow famuli. Hermanus Slüter. Jacobus Va . . Rudolfus Runge & Nicolaus Rutingh consules civitatis Gützecowe fide digni. Datum Gütz-

dar. Die Bauleute nehmen dahingegen dieselbe Urkunde ebenfalls für sich in Anspruch und führen zugleich an, daß einer alten Tradition zufolge zur Zeit jener Bewidmung der Stadt mit ihrer Feldmark die Bürger der Stadt hauptsächlich nur aus Bauleuten bestanden, den ursprünglichen Bauleuten und ihren Nachfolgern daher eigentlich alle Stadtfreiheiten zugestanden, bei Erweiterung der Stadt durch Ansässigmachung anderer Bürger, diesen eine Theilnahme an der Nutzung der gemeinschaftlichen Grundstücke nicht eingeräumt, und demnächst, wenn auch später eine etwanige Zulassung dazu geschehen sei, doch die Bauleute, als die ursprünglichen Bürger, einen Antheil im Voraus behalten. Ferner wird auch behauptet, daß nach Bewidmung der Stadt mit ihrer Feldmark der Magistrat vermöge seiner obrigkeitlichen Stellung und Befugniß die in Händen der Bauleute noch befindlichen Stadtfreiheiten nur einer bestimmten Klasse von Bürgern und zwar solchen, welche vorzugsweise den Ackerbau betrieben und darauf Bürger geworden, verliehen habe, und diese nur aus Bauleuten bestehende Klasse mithin vermöge besonderer obrigkeitlicher Concession über 400 Jahre hindurch mit Ausschluß aller Handwerker und Tagelöhner im Besitz und Genuß dieser Freiheiten gewesen sei, während andere Pertinentien der Stadt den übrigen Bürgern zur Nutzung mit überlassen worden. Auch ist darauf hingewiesen, daß für das Bedürfniß der Stadt rücksichtlich der nöthigen Fuhren zu Gemeindezwecken Fürsorge zu treffen gewesen, und daher den Bauleuten gegen den Genuß ihrer Freiheiten neben einer geringen Pacht die Prästation von Fuhrenleistungen auferlegt sei, wie denn auch das Beispiel anderer Orte zeige, daß man gewisse Stadtfreiheiten zur besseren Betreibung des Ackerbaues und der Viehzucht einer bestimmten Klasse von Bürgern gegen Uebernahme bestimmter damit in Verbindung stehender, im Interesse der Gemeinde liegender Verpflichtungen verliehen habe. In älterer Zeit sollen auch 14 bestimmte Bauhöfe, und 14 Bauleute nur vorhanden gewesen sein, indeß späterhin, als diese in Kriegsjahren ihre Pferde verloren und die Stadtfuhren nicht mehr

---

cow ab anno incarnationis domini millesimo tricentesimo quinquagesimo tertio, quarta Kalendarum septembris feria quinta proxima post festum Bartholomei gloriosi apostoli, hoc est, ipso die decollationis beati Johannis Baptiste.

prästiren können, soll der Magistrat die Anzahl der Bauleute mit Genehmigung der letzteren vermehrt haben, der Regel nach aber, wenn die Baumannschaft mit bestimmten Gehöften auch nicht mehr verbunden geblieben, doch kein Handwerker in dieselbe aufgenommen sein. Hienach wird im Allgemeinen die allmählige Entstehung der Baumannschafts-Einrichtung, welche sich danächst nur im Laufe der Zeiten weiter ausgebildet, erklärt, und die rechtliche Basis derselben sodann in einem Erbzins- oder Erbpachtsverhältnisse, vorzugsweise jedoch in unvordenklichem Besitz, in einer praescriptio immemorialis gesucht.

Daß es damit seine Richtigkeit hat, kann aber nicht angenommen werden, man wird vielmehr in die ältere Geschichte der Stadt Gützkow und in deren frühere Verhältnisse zurückgehen müssen, um über den Ursprung der Baumanns-Einrichtung mehr in's Klare zu kommen, und deren eigentliche Natur hienächst zu erkennen.

§. 4.

In allen von den Slaven in älteren Zeiten bewohnten Ländern trifft man die Castellanei-Verfassung an, und diese bestand auch in Pommern zur Zeit seiner Slavischen Bevölkerung. Das fürstliche Gebiet zerfiel danach in gewisse Distriete — provinciae — in deren Mittelpunkt zum Zweck der Landesvertheidigung ein Castell, oder Burg sich befand. Diesen Burgen waren in unmittelbarer Nähe auch Ländereien beigelegt, welche zum Unterhalt der Besatzung bestimmt, von besonderen Ackers- oder Bauleuten, Colonen, bestellt wurden. Diese Colonen waren Hörige und Dienstleute der Burg, selbst auch zur Unterhaltung und Bewachung derselben mit verpflichtet, und die aus ihnen bestehende außerhalb der Burg belegene Ortschaft wurde gewöhnlich die Bauwyk — vicus colonorum s. rusticorum — genannt. Der ganze District stand unter einem Castellan, Dynasten, Suppanen, welcher nicht blos der Befehlshaber der Burg und Burgortschaft, sondern auch Richter und Verwalter für den ganzen Distriet war. In den Bauwyken, in welchen auch schon frühe ein Krug- und Marktverkehr bestand, und welche neben den eigentlichen Colonen unter dem Schutz der Burg noch einige wenige andere Einsassen gehabt haben mochten, ließen sich nun, seitdem gegen Ende des zwölften und im dreizehnten Jahrhundert die Pommerschen Fürsten die deutsche Einwanderung förderten und vorzugs-

weise Sachsen nach Pommern kamen, ebenfalls viele Deutsche nieder. Die deutschen Ansiedler, welche germanisches Recht und germanische Sitten mitbrachten und überall verbreiteten, suchten ihren deutschen Einrichtungen auch namentlich in den Burgortschaften bald Eingang zu verschaffen. Die Verhältnisse dieser Ortschaften zur Burg lösten sich allmählig, je nachdem das deutsche Lehnswesen immer mehr Boden gewann und danach auch das Verhältniß der Burg-Castellanen zu den Landesfürsten und die bisherige Landesvertheidigung sich umgestalteten; es erlosch zunächst die Verpflichtung zur Bewachung, dann bald auch die anfänglich nach der deutschen Niederlassung noch gebliebene Verpflichtung zur Unterhaltung der Burg, ein zur Zeit der Slavischen Bevölkerung nicht vorhandener Unterschied zwischen der Burg und der dabei befindlichen Ortschaft, — beides zusammen wurde vielmehr als eine befestigte städtische Anlage angesehen, — trat allmählig hervor, und bei der von den deutschen Einwanderern angebahnten deutschen Municipalverfassung und ihrer gesteigerten Entwickelung zugleich eine immer größere Unabhängigkeit der Burgortschaften von der Burg, so daß aus ihnen zuletzt dann meistens eigne selbstständige Städte wurden, für welche die alten Bewohner der Bauwyken mit ihren Ländereien den ursprünglichen Stamm bildeten.

Eine solche alte Slavische Burg war unter andern auch Gützkow, unweit der Peene im jetzigen Neu-Vorpommern belegen. Der Burg Gützkow mit ihrer Ortschaft und der dazu gehörigen Provinz, mit Dynasten und Castellanen unter Pommerschen Fürsten erwähnen schon die ältesten Nachrichten über Pommern, und es ist nach dem obenbemerkten Entwicklungsgange nicht zu bezweifeln, daß die alte Provinz Gützkow später zur Grafschaft Gützkow geworden ist, die alten Castellanen in Grafen von Gützkow und Lehnsträger der Pommerschen Fürsten sich verwandelt haben, und unter ihnen aus der alten Bauwyk die nachherige Stadt Gützkow entstanden ist [7]).

7) Dreyer, Codex diplom. Urk. Nr. 10. 11. 22. 40. 53. 64. 284. 386. Barthold, Gesch. von Rügen und Pommern Bd. I. S. 477 ff. und Bd. III. S. 276 ff. — v. Bilow, Entwickelung der Abgaben-Verhältnisse in Pommern und Rügen. S. 3. 5. 15. 36. 37. 89. — Schwarz, Geschichte der Stadt und Grafschaft Gützkow in dessen Geschichte der Pommerschen und Rügenschen Städte. — Kosegarten, Pommersche und Rügensche Geschichtsdenkmäler S. 269.

Hinweisungen hierauf finden sich selbst in der Bewidmungs-Urkunde des Grafen Johann von Gützkow vom 29. August 1353, des letzten Grafen, mit welchem die Grafen von Gützkow ausstarben und nach dessen im Jahr 1357 erfolgten Ableben die Grafschaft Gützkow an die Pommerschen Fürsten zurückfiel. Diese Urkunde bewidmet die Stadt mit ihrer Feldmark und der Jurisdiction, also mit vollem Stadtrecht, sagt dabei jedoch ausdrücklich, daß dieß Alles der Stadt verliehen werde, wie dieselbe es schon von den Vorfahren des Grafen von Alters her besessen, und enthält nur noch die Entfreiung der Stadt von allen bisherigen Dienstpflichten und Ungeldern. Diese Dienstbarkeit weiset unverkennbar auf den alten Zusammenhang der Stadt mit der Burg und ihr früheres Verhältniß als Burgortschaft hin, und die Bezeichnung der Ländereien als solcher, welche die Stadt schon von Alters her besessen, läßt es gleichzeitig ersehen, daß die bei der alten Bauwyk sonst befindlich gewesenen Ländereien — wenn auch vielleicht einige davon in Folge der veränderten Burgvertheidigung an eingewanderten deutschen Adel inzwischen schon verliehen seyn mögen, — doch im hauptsächlichen Zubehör der Stadt geblieben sind, und das spätere Stadtgebiet gebildet haben. Die Urkunde bestätigt überhaupt nur das, was factisch seither schon längst bestanden hatte, und die nach Inhalt der Urkunde theilweise unter dem letzten Grafen von Gützkow, theilweise unter seinem Vater noch hinzugekommene gänzliche Entfreiung von der alten Dienstbarkeit, ist gleichsam als der Schluß der damaligen städtischen Entwickelung des Ortes anzusehen.

§. 5.

Nach der Bewidmungs-Urkunde vom Jahr 1353 und der darin enthaltenen Beschreibung der Grenzen und verschiedenen Bestandtheile des Stadtgebiets von Gützkow, sind diese insgesammt, wie sie noch jetzt vorhanden sind, überall zu verfolgen. Ein Theil der Feldmark wird unter andern als campus communis, — also als dasjenige Feld, welches die zur gemeinschaftlichen Benutzung der Bürger verstellten Grundstücke d. h. die sog. Stadtfreiheiten im Gegensatz gegen die Sonder-Grundstücke enthält, — bezeichnet, und dort sind auch noch gegenwärtig die Stadtfreiheiten der Bürger, sowohl die besonderen der Bauleute, als diejenigen der Bürger überhaupt. Einen Unterschied unter den Bürgern in Bezug auf eine

größere oder geringere Bevorzugung in der Benutzung macht die Urkunde nicht, und in so fern führt sie auch auf den Ursprung der Bauleute nicht hin.

Bei der, wie auch die Urkunde vom Jahr 1353 deutlich ergiebt, nur allmählig erfolgten und erst im Laufe eines langen Zeitraums vollendeten Entwickelung der neuen Stadtgemeinde aus der alten Burgortschaft ist es nun aber von selbst erklärlich, daß die alten Colonen mit ihren Hofstellen und den in ihren Händen befindlichen Ländereien ihren Besitz auch durch ihre jedesmaligen Nachfolger in den Hofstellen noch immer fortgesetzt haben, daß auf solche Weise die Besitzer der Hofstellen auch vorzugsweise im Besitz und Genuß derjenigen Ländereien, welche das nachherige Stadtgebiet bildeten, geblieben sind, und daß sie, als der eigentliche Stamm der sich entwickelnden Stadtgemeinde, vor allen neuen Ansiedlern, das, was sie einmal inne hatten, auch behalten haben. Dazu ist es eine nicht ungewöhnliche Erscheinung der älteren Zeit, daß neue Ansiedler an einem Orte nicht sofort für vollberechtigte Gemeindeglieder angesehen und ihnen nicht immer an der Gemeinde-Feldmark dieselben Rechte, wie sie die alten Gemeinde-Angehörigen gehabt, eingeräumt sind [8]), namentlich sind Handwerker, die ohnehin nicht als Ackerbauer, sondern zur Ausübung eines mit der Cultur der Feldmark an sich nicht in Verbindung stehenden Zweigs der bürgerlichen Nahrung in die Gemeinde traten, oft mehr oder weniger ausgeschlossen. Die bei den Verhandlungen über die Baumannschaft in den Acten angeführte Tradition, daß die Bauleute ursprünglich die alleinigen Bürger von Gützkow und im Genuß aller Stadtfreiheiten und dieser wieder mit dem Besitz von 14 Gehöften verbunden gewesen, hat daher eine historische Grundlage und einen unverkennbar richtigen Anhalt, und es liegt zugleich auf der Hand, daß in einer Stadt, wie Gützkow, wo neben überwiegendem Ackerbau Handel und Handwerk stets nur eine geringere Bedeutung gehabt haben, gerade die als Ackerbauer in der Gemeinde hauptsächlich vorhandenen Bürger, wenn auch schon zur Zeit der Bewidmungs-Urkunde vom Jahr 1353 andere Gemeinde-Mitglieder da gewesen, oder nachher hinzugekommen sind, sich doch lange in ihrer bevorzugten Stellung zum Genuß der Stadtgrundstücke

8) S. auch Bluntschli, Privatr. Bd. I. §. 38.]

haben erhalten, und späterhin selbst zu einem eigenen Verbande haben abschließen können.

Hierauf und auf die weitere Bildung und Entwickelung der jetzigen Baumannschaft haben entschieden aber auch noch andere hienächst hinzugetretene Momente wesentlichen Einfluß gehabt.

§. 6.

Die in dem deutschen Character liegende und schon in alter Zeit in den mannigfachen Vereinen des Adels, den Erbverbrüderungen, Markgenossenschaften, geistlichen Brüderschaften u. dgl. m. hervortretende Neigung zur Association fand in den Städten vorzugsweise in den Gilden und Zünften seinen Ausdruck, und diese beschränkten sich nicht blos auf Kaufleute und Handwerker, sondern Bedürfniß und Nachahmung führten besonders an Orten, wo der Ackerbau ein Hauptnahrungszweig war, auch dahin, daß sich genossenschaftliche Vereine der Ackerbau treibenden Bürger bildeten. Dazu kam noch, daß auch die Stadtgemeinden für ihre öffentlichen Zwecke mancher Leistungen bedurften, welche nach den Verhältnissen älterer Zeit theils nur als Naturalprästation zu beschaffen, theils in ihrem ganzen Umfange auch nicht füglich von einem Einzelnen zu übernehmen waren, — und dahin gehörten namentlich Fuhren und Dienste. Man sah sich daher veranlaßt, in letzterer Beziehung insbesondere den Ackerbauern in der Stadt, oder einem Theil derselben, von denen die Fuhren am sichersten zu erwarten waren, hauptsächlich gegen Auferlegung von Fuhren einzelne sog. Stadtfreiheiten ausschließlich und im Voraus vor den übrigen Bürgern einzuräumen, und auf diese Weise kamen die Ackerbauer dann sehr oft zum Besitz und Genusse von Gemeinde-Grundstücken, so daß deren Verbände, wenn sie vielleicht auch nicht durch solche Verleihungen begründet wurden, doch in Folge derselben sich mehr consolidirten und zuletzt gleich den Zünften einen förmlichen corporativen Character annahmen. Dergleichen mehr an Localverhältnisse und besondere örtliche Agrareinrichtungen sich anschließende Verbände sind dann, weniger verbreitet als die Gilden und Zünfte, aber auch weniger als diese durch Uebergriffe und Mißbräuche bemerkbar geworden, von der allgemeinen Gesetzgebung fast unberührt geblieben; sie haben deßhalb besonders nach der älteren von der Regierungsgewalt unabhängigeren autonomischen Richtung der Vorzeit meistens

ungestört und sich selbst überlassen in ihren Ordnungen sich ausgebildet, und — kaum unter Mitwirkung und Betheiligung der nächsten Ortsobrigkeit — ihre Artikel und Verfassungen sich selbst gegeben.

Unzweifelhaft hat sich die oben angedeutete Richtung der Vorzeit auch zu Gützkow der in den Bauleuten der alten Bauwyk in das neue Stadtverhältniß übergegangenen Elemente bemeistert, und wenn auch bei der späteren Vermehrung der Bevölkerung durch neue Ansiedler und der Vergrößerung der Stadt die alten Ackerbauer nicht in dem alleinigen Besitz der alten Bauwyk — der späteren Stadt-Ländereien — haben bleiben können, sondern den andern Bürgern ebenfalls eine Theilnahme daran hat gestattet werden müssen, so hat doch gewiß das Bedürfniß dahin geführt, ihnen gegen die im Wesentlichen noch bestehenden Prästationen wenigstens einen Theil der alten sog. Gemeindefreiheiten ausschließlich zu überlassen.

Die in den Acten oben angedeutete Behauptung, daß die Bauleute ihre Stadtfreiheiten ex speciali concessione des Magistrats im Voraus erhalten, während die sonstige gemeine Weide den übrigen Bürgern geblieben sei, hat daher ebenfalls in sich einen guten Grund, und sie läßt sich auch sehr wohl mit der über den Ursprung der Baumannschaft und ihre Begründung gleichzeitig von derselben gemachten Angabe vereinigen. Ursprung und Ausbildung der Baumannschaft sind entschieden nach beiden Beziehungen hin zu suchen, wenn auch über die allmähligen Uebergänge nichts vorliegt. Man muß überhaupt die ganze Baumanns-Einrichtung nur nicht als aus besonderen constituirenden Acten hervorgegangen ansehen wollen; nach dem Gange der Vorzeit machten sich dergleichen Einrichtungen allmählig und ohne viele schriftliche Verhandlungen von selbst; sie wurden unter den Augen der Obrigkeit den bestehenden Verhältnissen sich anschließend mit ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung derselben — und darauf beziehen sich auch die Bauleute für ihre Verhältnisse in den Acten noch besonders — weiter geführt und ausgebildet; und dieß genügte. In Gützkow scheint selbst in älterer Zeit bei Reception eines Baumanns eine ausdrückliche Einweisung in die Baumanns-Freiheiten durch den Magistrat geschehen zu seyn. Vielleicht mag auch der Umstand, daß Magistrat und bürgerschaftliche Repräsentanten zum größeren Theil vormals aus Bauleuten bestanden, und erstere sie daher mehr, als sonst

geschehen wäre, gewähren ließen, auf die Consolidirung und unabhängigere Entwickelung der Baumannschaft nicht ohne Einfluß gewesen seyn. Gegenwärtig, nachdem die ganze Einrichtung Jahrhunderte lang ihren Fortgang gehabt, steht nun dieselbe völlig gestaltet da, obgleich in ihrem Zusammenhange und ihrem rechtlichen Fundamente bisher lange übersehen und dem Bewußtseyn entzogen; nach den oben angeführten vorliegenden Erkenntnissen und den verhandelten Acten scheint selbst bei den Gerichtsbehörden, welche in der Sache rechtlich entschieden haben, — auch in höchster Instanz — die eigentliche Natur und das Wesen des ganzen Instituts nicht erkannt worden zu seyn.

Was über die Entwickelung der Baumannschaft im Vorstehenden gesagt ist, wird übrigens zum Theil auch noch in den aus andern Pommerschen Städten mitgetheilten Einrichtungen weitere Bestätigung finden.

§. 7.

Die Stadt Gützkow entbehrt in den Baumanns-Grundstücken jetzt eines größeren Theils des Gemeindeeigenthums, was dieselbe besser, als es nun geschieht, nutzbar machen könnte, zumal die Fuhren und Geldprästation der Bauleute ein genügendes Aequivalent für die Nutzung der Grundstücke nicht mehr geblieben sind, auch nach den gegenwärtigen Zeiten von der Fuhrenleistung nicht in geeigneter Weise, wie vormals, für die Commune Gebrauch zu machen ist. Dazu ist die Existenz von Grundstücken auf der Feldmark, welche der Disposition der Gemeinde entzogen sind, überhaupt ein öfteres Hinderniß für allgemeine Verbesserungen und Einrichtungen, und die Stadt hat daher schon längst auf eine Aenderung der ganzen Baumanns-Einrichtung das Augenmerk gerichtet; auch hat man wohl die Frage über die Möglichkeit ihrer Aufhebung hiebei öfter aufgeworfen. Um diese zu beantworten, bedarf es einer näheren Erörterung der rechtlichen Natur und des eigentlichen Wesens der ganzen Einrichtung.

Aus dem Vorangeschickten wird man schon die Ueberzeugung gewinnen, daß aus bloßen Uebergriffen und Anmaßungen, wie wohl behauptet worden, die Bauleute ihren Besitz und ihre Gerechtsame nicht füglich erworben haben können; ebenso leuchtet es von selbst ein, daß alle Requisite fehlen, um Erbpacht oder Erbzins, oder

praescriptio immorialis als rechtliches Fundament der ganzen Einrichtung ansehen zu können. Auf Rechtsnormen des römischen Rechts und blos gemeinrechtliche Rechtsbegriffe, welche darin ihre Basis haben, darf man überhaupt in dieser Sache nicht zurückgehen; das ganze Institut muß vielmehr für seine Begründung und seine verschiedenen Verhältnisse anderswo seinen rechtlichen Anhalt finden, und dieser liegt allein in seinem eigenthümlichen deutschrechtlichen Charakter.

Für die Auffassung der eigentlichen Natur der Baumannschafts-Einrichtung ist besonders hervorzuheben, daß die Grundstücke, in deren Besitz die Bauleute sich befinden, und an denen sie ihre Gerechtsame haben, der Stadt Gützkow und zu den dortigen sog. Stadtfreiheiten gehören, daß sie ihre Gerechtigkeiten nur als Mitglieder der Baumanns-Interessenschaft, nicht aber vermöge specieller persönlicher Verleihung ausüben, daß zu den Verpflichtungen die Einzelnen nur als Theile des Ganzen concurriren, die Leistungen an sich aber die Gesammtheit treffen, daß eine besondere Organisation mit Vorstand, Kasse und selbst mit dem Recht der Selbstergänzung nach freier Wahl besteht, und die Gesammtheit nach außen hin als eine Person repräsentirt wird. Dies Alles characterisirt die Baumannschaft unbedenklich als eine juristische Person mit voller corporativer Eigenschaft, und läßt sie als eine in der Stadtgemeinde vorhandene besondere Genossenschaft erkennen, welche ihren Anhalt und Mittelpunkt in der Befugniß zur Ausübung gewisser Gerechtigkeiten in Bezug auf einen Theil der Gemeinde-Feldmark hat, und dagegen gleichzeitig der Gemeinde gegenüber zu gewissen Leistungen verbunden ist. Sie ist unbestreitbar eine aus dem ursprünglichen Stamm der Gemeinde hervorgegangene, in den älteren Verhältnissen und Bedürfnissen derselben noch wurzelnde sog. Gerechtigkeits-Genossenschaft [9]), in alten Zeiten muthmaßlich eine Real- jetzt nur eine persönliche Genossenschaft, und gehört zu den vielen andern, welche sich gleich Zünften und Innungen der Handwerker auch anderswo in Städten als förmliche Corporationen unter den Ackerbauern entwickelt haben. Die fehlende Staatsgenehmigung kann ihr auch den genossenschaftlichen und corporativen Character nicht entziehen [10]).

---

9) S. auch Bluntschli a. a. O. §. 38.

10) Beseler, System des deutsch. Privatrechts Bd. I. §. 67. — Schüller,

Gemeinrechtlich ist — und darauf kommt es in hiesiger Provinz zunächst an — die Staatsgenehmigung kein Erforderniß für die rechtliche Begründung einer Corporation. Dies Erforderniß ist überhaupt nur, wo es besteht, in Anwendung römischer Rechtsgrundsätze durch die neueren Gesetzgebungen [11]) speciell vorgeschrieben; dem deutschen Rechtsleben besonders der älteren Zeit, — wovon selbst dieser Fall in Gützkow in auffallender Weise ein Beispiel ist, — und der Rechtsbildung, wie sie noch täglich stattfindet, entspricht es überall nicht, und auch da, wo es in positiven Gesetzen der neueren Zeit sich gründet, wird es für die aus alten Zeiten her vorhandenen Corporationsbildungen nicht Anwendung finden können; fraglich möchte es sogar seyn, ob in der Gegenwart in allen Fällen damit völlig durchzukommen ist, ohne zu dem größten Unrecht zu führen und gegen das allgemeine Rechtsbewußtseyn zu verstoßen.

Die Baumannschaft zu Gützkow hat diesem Allen zufolge daher in dem Genossenschafts-Verhältniß selbst ihr eigentlich rechtliches Fundament, und dasselbe, wie es entstanden und durch Observanz, Herkommen oder specielle Feststellungen sich entwickelt hat, muß auch den Maßstab für die rechtliche Beurtheilung seiner in sich und nach außen hin in Betracht kommenden verschiedenen Beziehungen abgeben; mithin ist auch die Frage über die Zulässigkeit einer Aufhebung danach zu entscheiden.

§. 8.

So lange die Baumannschaft und in derselben noch eine juristische Persönlichkeit existirt, welche der Stadt gegenüber einen Anspruch auf den Besitz und Genuß der in Frage stehenden Stadtgrundstücke hat, ist eine Einziehung der letzteren für die Gemeinde nicht thunlich, auch selbst wenn nur noch ein Mitglied der Genossenschaft da wäre; es bliebe dieses noch immer der Träger derselben, zumal in dem Rechte der Selbstergänzung die Möglichkeit vorläge, dieselbe wieder in der Zahl der Mitglieder vermehren zu können. Ohne Aufhebung der Genossenschaft selbst würde also nicht zum Ziele zu kommen seyn.

---

in den Jenenser Abhandlungen Band I. Nr. V. §. 6. ff. S. 246. Bluntschli a. a. O. §. 38. Nr. 5.

11) Preuß. Landrecht Th. II. Tit. 6. §. 25. ff.

Daß eine solche Aufhebung durch einstimmigen Beschluß der Mitglieder geschehen kann, ist rechtlich nicht zweifelhaft; bedenklicher aber, ob und in wie weit dieß wider ihren Willen geschehen kann.

Gemeinrechtlich würde aus Rücksichten auf das Gemeinwohl die Auflösung der Genossenschaft von Obrigkeitswegen allerdings möglich seyn, und das Preuß. Landrecht, wenn es hier darauf ankäme, enthält darüber selbst entsprechende ausdrückliche Bestimmungen. Auch ist unbestritten schon einer Commune die Befugniß zu vindiciren, die blos auf Gemeinde-Verfassung, eignen Anordnungen und allgemeinen Concessionen ohne bestimmte Dauer beruhenden Nutzungsrechte am Gemeindegut kraft der ihr zustehenden Autonomie zu ändern und aufzuheben, und da die Baumannschaft eine Genossenschaft ist, welche innerhalb des Gemeindeverbandes besteht, aus der Gemeinde ihre Entstehung herleitet, in der Verleihung von Nutzungsrechten am Stadteigenthum ihren Mittelpunkt hat, und durch deren Fortdauer in ihrer Existenz bedingt ist, so würde in sofern, als die Gemeinde diese Nutzungsrechte aufheben und der Genossenschaft die Grundlage entziehen kann, gleichzeitig auch die Berechtigung zur Auflösung derselben der Stadt an sich nicht abzusprechen seyn. Es würde dazu nur eines förmlichen Gemeindebeschlusses und, soweit es verfassungsmäßig erforderlich ist, dessen landesobrigkeitlicher Bestätigung bedürfen, selbstverständlich aber das Nutzungsrecht der zur Zeit der Auflösung noch vorhandenen Mitglieder zu wahren seyn, und der Beschluß daher zunächst nur eine Schließung der Genossenschaft und Aufhebung der Selbstergänzung zur Folge haben können.

Alle diese Gesichtspunkte festgehalten scheint es nun allerdings, als ob eine Aufhebung der Baumannschaft wohl zu erreichen seyn werde, jedoch ist noch ein anderer Umstand nicht außer Acht zu lassen, welcher hier von entscheidender Wichtigkeit ist.

Die Baumanns-Genossenschaft beruht gegenwärtig nicht mehr allein auf den Fundamenten der älteren Zeit, sondern es hat dieselbe durch den in höchster Instanz unterm 13. December 1805 geschlossenen Vergleich und durch die Verabschiedung vom 21. April 1806 noch eine neue rechtliche Basis gewonnen. Nach Inhalt dieses Vergleichs sind Besitz und Gerechtsame der Bauleute, wie sie damals geregelt sind, als unwiderruflich und unabänderlich festgestellt und Seitens der Stadt anerkannt, dieselben haben also jetzt auch noch einen

förmlichen Vertrag zwischen der Stadt und den Bauleuten zur Grundlage, und das Baumannschafts-Verhältniß dadurch zugleich in einem Privatrechtstitel einen rechtlichen Anhalt, so daß sowenig von der Stadt als von Landesobrigkeitswegen dagegen wird eingeschritten werden können. — Eine Auflösung, welche in früherer Zeit und bis 1806 noch möglich war, ist nun ohne gegenseitige Uebereinkunft schwerlich zur Ausführung zu bringen [12]).

II. Wolgast.

§. 9.

In Wolgast hat gleichfalls eine Baumannschaft bis in die neueste Zeit bestanden.

Die Stadt Wolgast, — vormals auch eine alte Slavische Burg und Burgortschaft, später die Residenz der Pommerschen Herzoge Wolgaster Linie — ist mit ihrem Stadtgebiet und mit Lübischem Recht durch Bogislav IV. im Jahr 1282 förmlich bewidmet [13]), aber die Verleihungs-Urkunde spricht es auch hier, eben wie bei Gützkow, aus, daß das, was verliehen wird, sich schon zur Zeit der Vorfahren des Herzogs Bogislav im Besitz der Stadt befunden. Sodann ist die Existenz der Bauleute von Alters her aus einem Vergleich und einer Verordnung wegen des Stadtackers von Michaelis 1623 vollständig nachgewiesen [14]). Diese vom Herzog Philipp Julius herrührende Urkunde ergiebt, daß die Stadt und die übrigen außer den Bauleuten vorhanden gewesenen Bürger den Bauleuten die exclusive Benutzung ihrer Baumanns-Grundstücke und ihrer anscheinlich in bedeutendem Umfange bestandenen Stadtfreiheiten schon damals längst bestritten haben, daß es darüber zu großen Streitigkeiten und selbst zu Processen beim Reichskammergericht gekommen, und endlich die Sache unter landesfürstlicher Vermittelung geordnet ist. Es ist mit Aller Wissen und Bewilligung verfügt, daß jeder ganze Baumann 50 Morgen Pomm. Maß und jeder

---

12) S. Beseler, System des deutschen Privatr. Bd. I. §. 69. S. 373 ff. II. §. 83—85. S. 46 ff. Bluntschli, deutsches Privatr. Band I. §. 38. Nr. 8. S. 140. §. 43. S. 170 f. §. 37. Nr. 5. lit. c.

13) Dähnert, Pomm. Urkunden Bd. II. S. 348.

14) Dähnert ibid. S. 352.

halbe Baumann 25 Morgen sadigen d. h. zu besäenden, bestellbaren Ackers haben, der übrige Acker aber als Hausacker an die anderen Bürger der Stadt vertheilt werden soll; ihre sonstigen Baumanns-Wiesen und Weiden sind ihnen verblieben.

Der landesfürstlich vermittelte Vergleich ist auch zur Ausführung gekommen, und bis auf die neueste Zeit Grundlage für das Verhältniß zwischen Stadt und Bauleuten geblieben. Das Baufeld, vor dem Bauwiecker Thor belegen und in sich abgeschlossen, hat außer dem nach obigem Vergleich festgestellten, in Sonder-Stücken bewirthschafteten Acker noch eine große Weidekoppel und verschiedene Wiesen, beides zur gemeinschaftlichen Benutzung für die Bauleute, enthalten, und die verschiedenen Baumanns-Antheile sind mit bestimmten in den Wolgaster Vorstädten zerstreut belegenen Gehöften, 24 an der Zahl, verbunden gewesen. Die Acquisition eines solchen Gehöfts hat zugleich den Eintritt in die Baumannschaft von selbst zur Folge und letztere für ihre gemeinsamen Zwecke eine völlig corporativ geregelte Einrichtung gehabt. — Außer den 24 Gehöften hat die Stadt selbst noch einen besonderen Baumannshof — den sog. Syndicatshof — (vormals etwa der Hof des fürstlichen Voigts?) als zum Baumannsfelde gehörig besessen.

Die Bauleute haben übrigens nichts weiter als Kanzlei- und Kriegsfuhren, später Kanzleifuhrgelder an das Amt Wolgast zu prästiren gehabt, und zu diesen ist nachher — ob anfänglich mit vollem Rechte, möchte fraglich seyn — eine Recognitionsabgabe an die Stadt Wolgast hinzugekommen.

Als Bürger der Stadt haben die Bauleute ebenfalls noch die allgemeine Stadthütung betrieben und gleich den andern Bürgern an den gemeinen Freiheiten Theil genommen.

Für Gützkow und Wolgast liegen hier mithin ganz gleichartige Verhältnisse vor. Hier, wie dort, Bauwiecken, besondere Bauleute und Baumanns-Grundstücke an Aeckern, Wiesen und Koppeln neben den sonstigen gemeinen Stadthütungen, exclusive Berechtigungen der Bauleute rücksichtlich der ersteren, und dieselbe Theilnahme mit den übrigen Bürgern rücksichtlich der letzteren, gleiche Verpflichtungen der Bauleute in beiden Städten, ähnliche corporativ abgeschlossene Einrichtungen nur mit dem Unterschiede, daß die Mitgliedschaft in Wolgast an bestimmte Gehöfte geknüpft war, in Gützkow dagegen durch Wahl der Bauleute erlangt wurde; in beiden Städten Anfechtungen der

Baumannsgerechtsame durch die übrigen Einwohner, nur in Wolgast, vermuthlich wegen der größeren Bedeutung des Handels- und Gewerksstandes daselbst und seines von selbst früher hervorgetretenen Einflusses, etwa 100 Jahre eher. In der Baumannschaft zu Wolgast ist hienach eben so, wie zu Gützkow, eine wirkliche Genossenschaft zu erkennen, und sie hat sich in Wolgast bestimmt aus den alten Hofstellen der Bauwieck und der Colonen daselbst als Real-Genossenschaft entwickelt, während sie zu Gützkow, obgleich in alten Zeiten ebenfalls unzweifelhaft Real-Genossenschaft, doch später in eine Personal-Genossenschaft übergegangen ist.

Auch in Wolgast hat es mit Entstehung der Baumannschaft und dem Verhältniß der Bauleute gleiche Bewandtniß, wie in Gützkow, gehabt [15]); aber man ist in Wolgast darüber seither ebenfalls völlig im Dunkeln gewesen, hat jedoch, um eine bessere Bewirthschaftung und Benutzung der Baumanns-Grundstücke herbeizuführen und das ganze Verhältniß zur Stadt zu ordnen, mit den Bauleuten über eine andere Gestaltung sich schon unlängst geeinigt.

In Folge der in den Jahren 18³²/₃₄ zwischen Stadt und Baumannschaft stattgehabten neuesten Verhandlungen und einer danach bewerkstelligten Separation sind nämlich die Baumannsantheile nach Aufhebung der Weidegemeinheit in sich im Zusammenhange einzeln regulirt, ihre unzertrennliche Verbindung mit bestimmten Gehöften ist geblieben, und sie zahlen an die Stadt einen jährlichen Grundzins.

Die neueste Agrar-Gesetzgebung in Preußen, namentlich das Gesetz wegen Ablösung der Reallasten vom 2 März 1850 wird seinen Einfluß hier nun ebenfalls ausüben und die Besitzer der alten Baugehöfte nicht nur zur Ablösung des Grundzinses berechtigen, sondern auch zu freien Eigenthümern machen.

---

15) Für Wolgast ist die Entwickelung der Stadt mit ihrer Feldmark und der Baumannschaft aus der dortigen alten Bauwieck namentlich auch noch in einer Abhandlung des Prof. A. G. v. Schwarz, vom Jahre 1747 ausgeführt, welche unter dessen nachgelassenen, auf der Universitäts-Bibliothek zu Greifswald vorhandenen Manuscripten sich findet in dem Bande: die Privilegien und Urkunden, der Städte Wolgast, Barth und Lassan betreffend.

III. Greifswald.

§. 10.

In Greifswald sind ausser den zur gemeinschaftlichen Behütung den Bürgern in früherer Zeit ausgesetzten allgemeinen Weiden noch in dem sogenannten Neunmorgen und dem Galgenkamp spezielle Weidegrundstücke, zu den Stadtfreiheiten an sich ebenfalls gehörig, einzelnen Interessentschaften als Pferde-Weidekoppeln in Besitz und Genuß gegeben. Die Mitglieder derselben sind ursprünglich auch allgemein Bauleute, nachher resp. Neun-Morgens- und Kampsverwandte genannt, und für den Neunmorgen nur Ackerbau treibende Bürger aus der Altstadt, — dem Marianischen Kaspel (Kirchspiel), und für den Galgenkamp nur Ackerbau treibende Bürger aus dem St. Nicolai-Kaspel und danächst auch St. Jacobi — der Neustadt — zugelassen. Die beiden Interessentschaften haben sich

a) durch freie Wahl ergänzt, nur ist bei jeder derselben ein Maximum für die Mitgliederanzahl bestimmt gewesen;
eine jede hat dann
b) einen Vorstand aus ihrer Mitte und einen Patron oder Altherrn aus dem Magistrat, gewöhnlich einen der Bürgermeister, desgleichen
c) eine besondere Kasse gehabt,
d) der Recipirte hat ein Einkaufsgeld bezahlt,
e) die Interessentschaften haben für den Genuß der Weidegrundstücke nur Fuhren zu Stadt- und Kirchen-Bauten und in Kriegszeiten präſtirt, späterhin auch eine kleine Geldabgabe an die Stadt entrichtet, ingleichen eine Gebühr an den Patron gezahlt;
f) die Wittwe eines Mitgliedes ist, so lange sie die Wirthschaft fortgesetzt, in der Interessentschaft mit allen Rechten und Pflichten geblieben, nur hat sie zu den Versammlungen keinen Zutritt und hienach keine Theilnahme an den Beschlüssen gehabt.
g) Die Interessenten haben zugleich durch ihre Vorstände, Lohnherrn genannt, auch eine gewisse Aufsicht auf das Feldwesen und eine Vertretung gesammter Weide- und Feldinteressen der Stadt ausgeübt.

Wenn gleich über die Entstehung dieser Interessentschaften auch ein Dunkel herrscht, und es urkundlich nicht nachzuweisen ist, wann und wie sie in den Besitz der Grundstücke gekommen sind, es vielmehr nur zu vermuthen ist, daß sie aus der alten öconomischen Verfassung der Stadt und dem Bedürfniß der letzteren rücksichtlich der Fuhrenleistungen, ausser für die gewöhnlichen Communalbauten vorzugsweise vielleicht für die Befestigungswerke, hervorgegangen und fast eben so alt, als die Stadt selbst sind; so liegen über ihre Einrichtung doch schon von Alters her gewisse Punkte, Artikel und Ordnungen vor. Diese sind in älterer Zeit unter Mitwirkung ihrer Altherrn, nachher vom Magistrat, nach vorheriger Verhandlung mit den Interessenten von Zeit zu Zeit errichtet, für den Neunmorgen bis in's Jahr 1580 ingleichen für den Galgenkamp bis in's Jahr 1629 [16]) zu verfolgen;

16) Anno 1580 nach der heilsamen Geburt unsers Seligmachers und Herrn Jesu Christi ist Joachim Engelbrecht und Joachim Meybohm tho Olderlüden der Negen Morgen erkahren up de Kamer, unde syn damahlen Kämer-Herren gewesen, Herr Peter Corschwant unde Herr Joachim Schwarte, und en Kraft und Macht gegeven, up der Weide tho haven, ock desülvige so tho bruken, wie de nafolgende Punkte uthwisen unde schreven stahn unde ditt Bock up dat nie anfangen:

Dit is de Ordnung der Negen Morgen unde wo sick ein, der der Weide schal gebruken, ock wat einer geven moth, de se winnen will.

1. Vorerst schall Keymandt de Negen Morgen hebben, he sy dann ein voreidet Börger unde hebbe Erve und Egen, unde Wahnung up der olden Stadt, als in Marien Kaspel, doch hört de Böckstrat mit dar tho.

2. Thom andern, so jemand de Negen Morgen winnen will, schall de Olderlüde he darum begahn unde, so se willen, den andern vördragen unde Vörbäde schaffen laten in Mönckekerken, unde anlaven laten unde vörbörgen mit 2 gouden Mannen alles noch tho dohnde wat andere vär em gedahn.

3. Thom drüdden schölen de Olderlüde keinen mehr darup nehmen oder gestaden darup tho nehmen, wenn 20 in Talle syn, by Affsettung erer Oldermanschop, sundern fast daröwer tho holden.

4. So jemand de Negen Morgen wynth, so schall he den Herrn der Negen Morgen geven, wie folget:

Twe Tune god Beer — 14 mk. Einen Schinken 20 Pfund. 4 Stücke dröge Fleisch. 4 Mettwürste. Schock Brodt, up jeder Schock 2 ß. 30 Pfund Grapenbrode mit 4 Pfund Schwetsken.

und es ergiebt sich hienach aus Allem, daß jene Neunmorgen- und Kamps-Bauleute als eine geregelte corporative Verbindung bestanden, und eine ordentliche Genossenschaft gebildet haben.

Beide Interessentschaften haben bis in die neueste Zeit, wo die Aufhebung der gemeinen Weide zu Greifswald statt fand, und das Feldwesen anders geordnet wurde, sich erhalten, und sie sind erst bei dieser Gelegenheit im Jahr 1841 in Folge der in ihren Statuten befindlichen obrigkeitlichen Vorbehalte aufgehoben worden.

IV. Anclam — Usedom.

§. 11.

Ebenso haben auch in Anclam zwei solcher Interessentschaften, welche als Bauwerke, Bauwerksgenossenschaften bezeichnet werden,

2 Fate goden Dösch. 6 Pund Botter. 1 goden Kese. Jedern Oldermann 1 Stücke Wyn. 4 mk in de Büße. 1 godt fet Lam. 2 mk tho frischen Kresnden. 2 Wall guden Spickhering. Kommt zusammen ungefähr in alles 50 fl.

5. Idt schall Keimandt mehr als 8 Perde darup hebben, de he in sinen Sehlen brifft tho Behoeff seiner Bude (Ackerbaus) bei Verlust der Weyde.

6. Idt schal kene Perde Kopperie darup gedreven werden, edder schorvige edder rüdige perde darup gebracht werden by Verlust der Weyde.

7. Keimandt schall frembde Perde vör sine darup bringen, keme idt uth, schal he idt mit 1 mk verbraken hebben.

8. Idt schal ein jeder sine Perde spannen, ock mit kenen Perden äver Grasen riden by Strafe 4 fl.

Idt schal keiner uthe bliven, wenn wadt gespeket odder her gehahlt odder gegraven by Pene, so hoch se de Olderlüde setten werden.

9. Ein jeder Knecht de sine Perde up odder aff hahlt, schal den Bohm tho schluten by Strafe 4 fl. *)

*) Die Artikel für die Kamps-Verwandten enthalten nach der vorhandenen ältesten Abfassung vom 28. Mai 1624 mehr oder weniger ähnliche Bestimmungen, wie sie für den Neun-Morgen vorstehend vorkommen, im Artikel 1. ist aber ausdrücklich ausgesprochen:

Soll zu der Kamps-Weiden Gerechtigkeit ohne derselben sämmtlichen Nachbarn Bewilligung niemand angenommen, noch die so in Aemtern und Zünften sitzen, dazu verstattet werden, —

ein Beweis, wie auch hier die Handwerker nicht durchgehends bei Benutzung der Gemeinde-Grundstücke den eigentlichen Ackerbauern gleichgestellt sind, letzteren vielmehr schon von Alters her Vorzüge in jener Beziehung gehabt haben.

bestanden, mit gewissen Vorrechten in Betreff der Benutzung der gemeinen, namentlich der vorhandenen Pferdekoppeln, — die Altfeld'sche für das Kaspel (Kirchspiel) St. Marien und die Neufeld'sche für das Kaspel St. Nicolai. Für sie errichtete Bauwerks-Ordnungen kommen schon aus dem 14. Jahrhundert vor, und sie haben danach unter einem Vorstande — Burmeister, auch Grabenherrn genannt — eine förmliche organisirte Einrichtung gehabt, für den betreffenden Theil der Feldmark die Aufsicht auf das Feldwesen geführt und die Feldwirtschaft überhaupt geordnet. Ausser der Verpflichtung zur Unterhaltung der Hirtenhäuser und theilweise der Gräben, Wege, Brücken und Dämme scheinen die Bauwerke sonst keine Prästation gegen die Stadt gehabt zu haben.

§. 12.

Nach der Bauordnung der Stadt Usedom vom 24 April 1641 sind die Ackerbauer zu einer eignen Gilde vereinigt gewesen, welche als Zunft der Erbbauleute bezeichnet wird. Unter dem Namen Burmeister, Behörmeister, hat die Zunft einen Vorstand, und durch diesen zugleich die Obsorge für Aufrechterhaltung guter Ordnung im Felde in den zu dem Ende in der Bauordnung vorkommenden näheren Bestimmungen gehabt.

Die Aufhebung der Weidegemeinheit und die damit eingetretenen veränderten Agrar-Einrichtungen jener beiden Städte haben in neuerer Zeit aber auch zur Folge gehabt, daß die alten Ordnungen der Bauleute und die damit in Verbindung stehenden alten genossenschafttichen Verbände nun gänzlich erloschen sind.

Nachschrift.

Den Freunden des deutschen Rechts wird die vorstehende Abhandlung als ein interessanter Beitrag zur Geschichte des Städtewesens und überhaupt zur Lehre von den Genossenschaften willkommen seyn. Sie weist dieses Institut in den Agrar-Verbänden der Ackerbürger Pommerscher Städte nach, während neulich auf einem ganz anderen Gebiete, in den Sentengenossenschaften der Schweizeralpen (s. Schauberg, Beiträge N. F. XVIII. 1. S. 134 ff.) ähnliche Einrichtungen erkannt worden sind.

Die Abhandlung hat aber auch ein allgemeineres Interesse, indem sie uns ein anschauliches Bild von der geschichtlichen Entwicklung der Rechtsverhältnisse des Mittelalters giebt, und für deren rechtliche Beurtheilung einen sehr schätzenswerthen Beitrag liefert. In letzterer Beziehung möchte ich jedoch gegen zwei Punkte der Deduction ein Bedenken erheben. Einmal scheint es mir nämlich der Natur des dargelegten Rechtsverhältnisses nicht entsprechend, der Baumannschaft in Gützkow nur ein Nutzungsrecht an ihrem Corporationsgut beizulegen, das Eigenthum aber der Stadtgemeinde zuzusprechen, — eine Auffassung, welche hier so wenig wie bei der ländlichen Realgemeinde begründet seyn möchte. Die Vertheilung der Eigenthumsrechte erscheint vielmehr in einer der Genossenschaft günstigeren Weise durchgeführt.

Noch weniger aber halte ich die in §. 8. entwickelte Ansicht über das Recht der Gemeinde, die Genossenschaft aufzuheben, welches nur durch den späteren Vergleich ausgeschlossen seyn soll, für begründet. Es liegt hier doch keine durch die Gemeinde angeordnete und ihrer Verfügung unterworfene Austheilung des Nutzens an Gemeindegütern vor, sondern die selbstständig begründete Berechtigung einer besonderen Corporation, deren Bestand, wie jedes Privatrecht, nicht in das Belieben der Obrigkeit gestellt ist, sondern nur durch die souveraine Machtvollkommenheit der Gesetzgebung beseitigt werden kann. Es muß hier, wenigstens nach den Grundsätzen des neueren deutschen Staatsrechts, welches den Wirkungskreis der Gesetzgebung und der Verwaltung bestimmt scheidet, dasselbe Princip maaßgebend seyn, welches für die Zwangsenteignung zur Anwendung kommt.

Beseler.

VII.

Etwas über die Confiscation nach deutschem Rechte.

Hat wirklich schon Kaiser Karl V. dieselbe als Criminalstrafe auf das Verbrechen der Majestätsbeleidigung beschränkt?

Von

W. E. v. Gonzenbach in St. Gallen.

Der Passus des Art. 218 der Carolina, welcher gegen die mißbräuchliche Gütereinziehung gerichtet ist, war bekanntlich von jeher eine wahre crux interpretum. J. S. Fr. v. Böhmer, ihr bester Commentator, Koch in der Vorrede zu seiner Ausgabe der C. C. C. und noch ausführlicher ein anderer eben so ausgezeichneter Kenner der Carolina, G. W. Böhmer, im Archiv des Criminalrechts Jahrgang 1836. Stück 4. §. 6. S. 524—559 haben den darüber seit nun fast 200 Jahren währenden gelehrten Streit erzählt und beleuchtet. Die Sache ist unpraktisch geworden, weil Rechtslehrer und Gesetzgeber jetzt meistens die Confiscation als Strafe überhaupt verwerfen [1]) und in der That keine Gefahr vorhanden ist, daß man je darauf zurückkomme, soweit die deutsche Wissenschaft reicht. Schon vor Carpzow hielt der Gerichtsgebrauch die Unzulässigkeit der vollkommenen Gütereinziehung als Regel fest und hätte anscheinend nicht ungern gar keine Ausnahme gestattet, wäre nicht für das Verbrechen der Beleidigung der Kaiserlichen Majestät vom Reichsrecht eine solche ausdrücklich statuirt worden [2]).

---

1) S. Abegg, Lehrb. §. 133. 134., Köstlin, System des deutschen Strafrechts. Abth. I. S. 426. Jagemann im Criminallexikon s. v. Confiscation. Jarcke, Handb. des gem. deutschen Strafr. I. S. 277. S. jedoch auch Heffter, Lehrb. §. 138. Wieland, Geist der peinl. Gesetze I. §. 325. u. Martin, Lehrb. (2) S. 211.

2) Carpzow, pract. nova rer. crim. P. III. Qu. CXXXV. No. 9. 10. 24 sq. 41.

— Römisches Recht neuester Reformation [3]) und uralt herkömmliches einheimisches Recht [4]) trafen in der Anerkennung des Grundsatzes und Beweggrundes zusammen und so sträubte sich Doctrin und Praxis gleichmäßig gegen jede Einschränkung desselben. In diesem einmüthigen Ablehnen einer von der Philosophie mißbilligten Straffolge haben wir aber um so mehr ein schönes Blatt der deutschen Criminalrechtsgeschichte zu erkennen, als es bei der großen Menge und Verschiedenheit der Blutbannberechtigten an entgegengesetzten dringenden Zumuthungen gewiß nicht gefehlt hat [5]), zumal von der Zeit an, als die reiche Einnahmenquelle der Thädigungen für Todtschläge [6]) in Folge des reichsgesetzlichen Verbots allmählig versiegte. Folgende aus dem hiesigen ehedem fürst-äbtischen Archive enthobenen Urkunden mögen das Bild solcher widerstreitenden In-

---

3) Nov. 134. 9. 13: Auth. Bona damnator. C. de bon. prosc. seu damn.

4) Lex Ripuarior. tit. 79. Capit. Aquisgr. 817. c. 7. vgl. übrigens zu beiden Stellen Wilda, Strafr. d. Germanen S. 292. u. bes. 519 f. Sachsensp. 2, 31. Schwabensp. 296 (b. Senckenb. Th. 2.. S. 247). Gosl. Stat., die Böhmer, med. ad CCC. S. 721. §. 6. anführt. S. noch Heffter, Lehrb. §. 137. und besonders die von Cropp, Diebst. S. 344 angeführten Stellen.

5) S. was Böhmer ad Carpz. l. c. Obs. 1. darüber zusammengestellt hat und cf. Kressii comm. in CCC. art. 218 §. 3. u. §. 5. Noch in Ferdinands III. Newer peinlicher Landgerichts ordenung in Oesterreich unter der Emß vom J. 1657 wird dagegen geeifert: Art. 55. Es haben sich ein Zeit hero etliche sowol Landgerichts: als Grundt Herrn vnterstehen wollen, ein jedweder das jenige, was von den hingerichten Thäters Güetern vnter ihme gelegen, es seyen Glaubiger oder Erben vorhanden gewesen oder nicht, obschon auch die Straff des Verbrechens solches nicht mit sich gebracht einzuziehen wann es aber allen Rechten vnd der Billichkeit entgegen ist, Als setzen vnd wollen wir, das kein Landgerichts: oder Grundt-Herr ainiges Thäters hinterlassendes Guet einziehe, weniger jhm zue aigne §. 1. Es bringe dann erstlich das Verbrechen neben der Lebens-Straff auch zugleich die einziehung deß Guetes . . . ausdrücklich mit sich ꝛc.

6) Statt aller andern führe ich nur die zahllosen Belege in den Reichsständ. Archival-Urkunden ꝛc. (Regensb. 1750), einem für die Geschichte des deutschen Criminalrechts überaus wichtigen Werke, Tom I. passim an.

tereſſen und das Aufſtreben des im Volke reagirenden Rechtsgefühls noch heller beleuchten:

Vrthel-Brieff die Beſatzung deß Landgricht- vnd Raths, vnd der Uebelthäter Verlaſſenſchaft, auch Viſchentz vnd den Wildtpann betreffendt zuo Schwitz vßgangen, Anno 1540.

Wir Joſeph am Berg Landtamman, vnd die Räte gemeinlich zuo Schwitz, mit ſampt den frommen, Ehrſamen, wiſen Fridli Tolder alt Vogt im Eergöwe, vnd Hans Wichſer alt Säckelmeiſter, von vnſern lieben Eydtgnoſſen von Glarus, mit vns harzuo verordneten Richtern, bekennedt vnd thuondt kundt allermengklichem mit diſem Brieff. Als ſich dann jetz ein Zit dahar zuogetragen vnd begeben haben, Irrung, Spenn vnd Mißverſtand, Sachen vnd Articklen halber, wie die hienach in Klag vnd Antwurt angezogen vnd gemeldt worden: Entzwüſchent dem Hochw. Fürſten vnd Herrn Herrn Diethelmen Abbte, Däckhan, und gemeinen Convent des wirdigen Gotzhus Sant Gallen an einem: Vnd den frommen, Ehrſamen, wyſen, gemeinen Landtlüten, ſampt vnd ſunderer Geginnen [7] der Grafſſchafft Toggenburg, Siner Fürſtl. Gnaden Lüten, vnſern getrüwen lieben Landtlüten anders Theils: Welliche Spenn vnd Stöß wir von beiden Orthen Schwitz vnd Glarus gern geſechen gemitlet vnd in der Gütigkeit hingelegt worden werent, ſo hat doch die Gütigkeit by gemelten Partheien nit Volg finden mögen. Dann das wir von obgemelten vnſerm gnädigen Herren von Sant Gallen gegen gemelten vnſern Landtlüten vß der Grafſch. Toggenburg, vmb Recht angerüfft und trungenlich ermahnt worden ſind, wellichs wir Sinen Fürſtl. Gnaden, in Krafft des Landtrechten, damit Er vns verwandt, Glimpfs und Ehren halb nit haben können abſin, ſunder Ihme ſemlicher Spennen halb, einen Rechtstage, für uns beide Orth gan Schwitz angeſetzt, und den beiden Partheien verkündt, welchen ſie zuo beiden Theilen beſucht, und vor uns in Krafft der Landtrechten, damit ſie uns beiderſits zuogethan und verwandt, zum Rechten geſtanden ſind: ꝛc.

Zum andern lies vnſer gnädiger Herr von Sant Gallen wyter in Recht klagen vnd offnen, wie die Sinen vs der Grafſſchafft verruckter Zit, als Uebelthäter vom Leben zum Todt zuorichten bekent, desglichen offentlich Todtſchläger über Friden vnd Fridbrüch mit

7) Gegenden.

Wercken gehandelt, desglichen das sie niemands mehr büßen noch straffen, vnd von Wildtbennen vnd Vischetzen wegen, dwyl doch die des Gotteshus eigen, vnd erkaufft sin, luth des Kauffbrieffs, vnd vor Zyten wellicher daran überfarn hätt, darum gestrafft sind, luth eins Vrtelbrieffs, den Sin Gnad zuoverhören begehrt: Darzuo sie Ihme, als dem Landsherren von Uebelthäter so gericht, vnd vmb Todschläger nit me gesprochen, dann den Kosten von des Gerichts wegen vffgangen: Desglichen vnd den Wildtpan vnd Vischetzen, die Uebertretter nit straffen, das Sinen Fürstl. Gnaden nit lidenlich, Dann es Keyserlichen Rechten zuwider sy: Semlichs auch an keinem Enden, weder in Stetten noch in Landen gebrucht, sunder so ein Uebelthäter dermaßen wie vorgemelt, verhandlet, vnd bekennt werde, der Oberkeit sin Lib vnd Guet verfallen: Es syn ouch also von Alter har in der Graffschafft Toggenburg gebrucht, das einer frowen ihr Eerecht, vnd den rechten Gülten ihre Schuld vorbehalten, vnd was vbrigs dann eim Herren zuobekennt worden: Vnd das semliches ein Grundt hab, begert Sin Gnad darum die Vrtelbrieff, so den Landtvögten hievor semlicher Sachen halb, zuobekennt worden sind, zuoverlesen, daruß luter verstanden, wie es vorhar verhandlet, wyter Sin Gnad nit beger, sunder verhoff mit Recht erkennt zuo werden, das es hinfür ouch also geübt vnd brucht werden soll: Also, das den Hochengerichten, so ein Uebelthäter zum Tod verurtheilet, das dann Sinen Gnaden das Guot, vnd an den Nidern Gerichten die Buossen zuobekennt werden vnd Ihn dann, als den Herren, nach sinem Gefallen, darin nach Gnaden handlen lassen, vnd nit sie: u. s. w.

Hierwider vnser Landßtlüten uß der Grafsch. Toggenburg Gesandten antwurten ließen: Sie achten nit vonnöthen, vil Brieffen inzuolegen, dann es vorhar gebrucht, vnd mit Recht erkennt: Aber der Todtschlag, so jetz harfür zogen, so über Frid beschechen, syent sie nit geständig über Frid beschechen sin: Wenn es ouch begeb, das ainer zuo einem Todtschlag den zuobegan verursachet, vnd dann ein Herr das Guot nemen, wurde ihnen ein große Beschwerdt, dann wann das also gebrucht, möchte deß Entlipten, noch deß Getätters Wib und Kinden nüt, müsten also zuo armuot verwisen werden: So dann des jetzigen Uebeltäters halb so gericht, und

unserm gnädigen Herren nit mee, dann der Kosten zuobekent, sie nit uß arger Meinig, sunder im besten, und umb willen, das er arm, und zuobesorgen, das nit so vil vorhanden, dann wo der Kosten nit bekennt wer, das der nit hett us sinem verlaßnen Guot mögen erlegt werden, davon unserm gnäd. Herren hätt mögen Schaden erwachsen: Sie verhoffen aber, syen ouch der Zuoversicht, das hinfür in den Dingen gehandelt werden soll, das unser gn. Herr und mengklich unklaghafft sin und bliben söllent ꝛc.

Vff semlich obberürt Klag, Antwurt, Red und Widerred alle zuo melden nit noth, und Verhör beider Theilen ingelegten Brieffen, ist mit einheller Vrthel zuo Recht erkennt, das unser Landtlüt vß der Grafschafft Toggenburg, der **Uebelthäter**, so mit **Recht gericht**, **Todtschlägern**, und **dero so von Land flüchtig werden**, **die man von ihr Uebelthat wegen richten möcht**, **verlassen Hab und Guot söllen eim Herren von Sant Gallen als dem Landtsherrn zuobekennen**, **lut Kaiserlicher Rechten**, bis an Sin Gnad, doch eines Eefrowen an ihrem Eerechten, und den rechten Gülten ohne Schaden."

Von den fünfzehen als klägerische Beilagen dienenden Urthel-Briefen von 1477 bis 1539 will ich hier einige ganz mittheilen, da dieselben abgesehen von dem Klagpunkte, der aus ihnen bewiesen werden sollte, zur Kennzeichnung des Criminalverfahrens jener Zeit nicht wenig beizutragen mir geeignet scheinen.

Vrthel-Brieff Anno 1477.

Ich Albrecht Ritter, Landvogt in der Grafschafft Toggenburg, von Gwaltz wegen deß Hochwirdigen Fursten und Herren, Herren Volrichs Appte deß wirdigen Gottshuß Sant Gallen, mins genaidigen Herren, vergich und ton kundt allermengklichen offenbar mit disem Brief, daß ich uff hüt siner Date, ze Liechtenstaig vor der Statt an offner fryer Richtstraß, in ainem besamloten Landtgricht, von allen Enden der Grafschafft Toggenburg, offenlich bin zuo Gericht gesessen, für mich, und das Gericht kommen ist, der erber Hans Mayger vom Wildenhuß, mit etlichen sinen fründen, so dann der ehrsam Mann Hans Schädler von Wattwyl, ouch mit etlichen sinen fründen, und besonder klagt der erstgenant Hanß Mayger, wie Hanß Hoffmann von Enetbülß uß dem Turtal, Bernharten

Schmid selgen von Sant Johann, sinen deß jetzgenanten Hanßen Maygers ehlichen Bruoder, leider vom Leben zum Tod pracht hab mit sin selbs Gewalt unervorderet aller Rechten, Deßglich klagt der vorgenant Hanß Schädler, wie Voli Brändli zuo der Aich, im Wattwyler Barochi, Hanßen Schedler selgen, sinen deß vorgenannten Hanßen Schedler liplich Son, laider vom Leben zum Todt pracht hab, mit sin selbs Gewalt unervordret aller Rechten. Uff söllich Klagen von baiden Taillen in Recht beschehen, sie baidersyt füro reden ließen, wie daß umb jedweder Sach ain Warzaichen da im Rechten lig, die och vormals zway Landtgricht darinnen gelegen syen, da jr Klag geton als jetz, und dieselben zwen Tag behalten haben nach Landgrichts Recht; und durch jr Anrüffens Willen, in uff hüt der dritt und letz Landttag, mit Vrtail vnd mit Rechtgesetzt: Och den vorgenanten Hanßen Hofman und Volin Brendlin verkünt sye, als sie das im Rechten kuntlich machtend, und bed Thail füro reden ließen, sy begertin umb söllich Tat Gerichts und Rechts zuo denselben Hanßen Hofman und Volin Brendlin, als uff dem dritten Tag nach Kaiserlichen Rechten. Und als nach Erkantnuß deß Rechten, ze drig mahlen drig offen Straßen in das Gericht gemacht wurdent, und ze jeglichem mahl uff allen drig Straßen durch deß Gerichts Fronbotten den vorgenanten Hanß Hofmann, und Voli Brendli offenlich gerüfft ward, daß jedwedera käm sich der Klagen, als obstat, verantwurten, und frid, und Glait hettind zum Rechten; und dieselben Hanß Hofman, vnd Voli Brendli nit kamend, liessend sy aber zuo baider syt reden: Dwyl uff hüt vor allem Grichtshandel mit Vrthail erkennt sy, daß es wohl Tagzit wer zerichten, och die Sachen bißhar mit Verkünden, mit Ruffen, und mit allen Dingen gehandlot sy, nach diser Grafschafft Recht, und nach allem Harkommen: So hoffen; und getruwint sy, man soll nun uff jedweders Klag zuo den benampten Hanßen Hoffman, vnd Volin Brendlin richten, als zuo zwain schädlichen Uebeltettingen Mann, und satztend das zum Rechten. Also uff söllich Klagen von baiden Taillen, und nach allem vergangenen Rechten, fragt ich obgenanter Richter der Vrthail umb uf den Ayd, und ward ertailt mit ainhelliger Vrthail: Sidmal söllich Klagen, und Gerichtshändel gegen den dickgenanten Hansen Hofman, und Volin Brendlin beschehen, und gebraucht wär, als vor gemeldet ist, und sy sich deß nit verantwurten, daß sy sich jetwedra in siner Sach so vil ver-

würckt hab, daß man jedwedren umb sin Mißton richten söll vom Leben zum Tod, bar gegen bar, wie das hie mit Recht erkennt werde; Uff das satzten aber sy baid Tail zuo Recht, wie söllich Richten bestehen söll nach Kaiserlichem Rechten. Darum ward aber uff min Frag mit ainhelliger Vrtail erkennt, wo der genant Hanß Mayger, oder sine Fründ den vilgenanten Hanßen Hofman ankämint und ergriffint, deßglich wo Hanß Schedler u. s. w., so mügint dieselbigen ainem Nachrichter bevellen, daß er zuo in richte mit ainem Schwert, in ir Hopt abschlag vom Körpel so wyt das ain Wagenrad zwischen den Körpern und Höptern hingan mög und ungevarlich. Demnach ließ der ehrsam Felix Ritter von Helffenschwyl, Aman im Underampt, als ain Klagfürer deß obgenanten mins gnedigen Herren, und miner Befelchniß wegen, durch sinen erlopten Fürsprechen reden: Dwyl dann mit Recht erkennt wary, daß die Obgenante Hanß Hofman, und Voli Brendli, von sölicher ir Mißtons wegen gericht werden söllen vom Leben zum Tod, was dann recht wer, von irs Guts wegen, ob nit das billichen dem obgenanten minem gnaidigen Herren, oder mir, als ainem Landtrichter. von sint wegen zuogehören solti: Darumb ward aber ertailt mit ainhelligem Vrtail, was Gutz die obgemelten Hanß Hofman, und Voli Brendli, sy baid in diser Graffschafft hettin, daß dasselbig alles mir obgenantem Landtrichter, in Namen mins genaidigen Heren zuogehören solti, doch den rechten Gülten, und Schuldnern (sic!) och ob sy Eliche Wiber hettin, an ir Erecht unvergriffen, und on Schaden. Vff das satzt Felix Ritter, och Hanß Mayger und Hanß Schedler zuo Recht, ob wer daß man die obgemelten Hanß Hofman, und Voli Brendlin, jemant ankem, und mit ihn handlen und schaffen welten, als imme jetz da mit Recht erkennt wer, und sy etwar daran sumpti, und das nit welt lassen beschehen, oder ob das an in vollbracht wurde, und das nachinwert jeman äffren, und rächen wölti, was mins gnädigen Heren, oder ir Recht gegen denselben weri. Darumb fragt ich obgenanter Landtrichter aber deß Rechten, und ward mit ainhelliger Vrtail ertailt, wäri Sach, daß die vorgenanten Klager Hanß Mayger, oder Hanß Schedler Hanßen Hofman, ald Voli Brendlin jenart ankämint, und ergriffint, und zuo in weltin lassen richten,

in Maß als innen erst das zetond, mit Vrtail erkennt sy, wer sy denn frevenlich, oder mit Geverden daran sumpti, daß solichs an in nit vollbracht möchti werden; oder, ob dieselbigen Hanß Hofman, und Volin Brendlin, semlicher maß gericht wurden, bår gegen bår, und das nach hinwert naißwar anden und rechten wölti, anderst denn mit Recht, es wer gegen dem obgenanten minem gnaidigen Herren, sinen Amptlüten, Hanß Mayger und Hanßen Schedler, oder gegen ihren Fründen ald Helfferen; Derselb oder dieselben söllen denn von Stund an Rechtloß, und in sölichen Schulden und Peenen stan und sin, als die vorgenannten Hanß Hofman, und Volin Brendlin jetz da mit Recht erkennet syn. Deß Handels begert im Felix Ritter, in Namen mins gnaid. Herrn, ains Brieffs und Vrkund vom Rechten, das ist im zegeben erkennt, besigelt mit minem obgenanten Landtrichters hie angehenckten Insigel, von deß Landtgrichts wegen, doch dem obgenanten minem gnaid. Herren, sinen Nachkommen und Gottshuß, och mir, und minen Erben in allweg unvergriffenlichen und ohn Schaden; Der geben ist an deß hälgen Crütz Abent im Mayen, do man zalt von der Gepurt Christi unsers HErrn tusent-, vierhundert, sibentzig, und darnach in dem sibenden Jahre.

Im vorstehenden Falle handelte es sich um landesflüchtige Todtschläger, welche in contumaciam verurtheilt waren. Der nächstfolgende führt uns einen in praesentia verurtheilten Dieb vor.

Vrthel-Brieff, Anno 1484.

Ich Aulbrecht Mileß, Landtvogt der Grafffschafft Toggenburg, von Gwaltz wegen deß Hochwird. Fürsten und Herren, Herren Volrichs, Appt deß Gotzhuß Sant Gallen, mins gnaidigen Herren tuon kund allermenigklichen offentlichen mit disem Brieff: daß ich an dem Tag siner Date, von deß obgenanten minß gnaidigen Hern Hochen Gerichten wegen, zu Liechtenstaig vor der Statt in ainem offen gebannem Landtgericht offenlich ze Gericht gesessen bin, und kam für mich in Gericht Der fürnäm Felix Ritter von Helffenschwyl alt Amman, und klagt allda von deß obgenanten mins gnaidigen Hern wegen, durch sinen erlopten Fürsprechen zu Cloßen Frügen von Peterzell, der och allda mit sinem Fürsprechen ze gegen stund, namlich von etwas Stucken und Diebstals wegen, so derselbig

Cloß Früg geton, und von im selbs verjechen hette: Da aber derselb Früg zum Tail gichtig, und durch sinen Fürsprechen bekanntlich was, daruff der obgenant Felix Ritter, als ain Kläger füro reden ließ, sidmal Cloß Früg dann semlicher Stuck und Diebstals geton und och verjechen, gichtig wery, vermainte er, daß er sich darinen so vil überton hett, daß er darumb billichen gericht, vom Leben zum Todt pracht werden solti. Darwider Cloß Früg vermaint: nain, in Hoffnung nach Gestalt der Sach nit billich wery: Und nach dem diß Sach mit mer Worten hie zeschriben unnotürfftig, von baiden Tailen zur Erkantniß deß Rechten gesetzt, ward mit gemainer Vrtail erkennt und gesprochen, nach Klag, Antwurt, und Closen Frügen vergicht, daß sich derselb Cloß Früg sovil verwürckt hette, daß er darumb billichen gericht und vom Leben zum Todt gepracht werden sölti, wie das hernach mit Vrtail erkennt wurde. Vff das Felix Ritter, als ain Kläger, wyter zuo Recht satzt, wie dann sölich richten, oder mit wellem Todt [7]) das zugan sölti, als recht wery: Darumb ward nach miner Frag mit ainhelliger Vrtail erkennt uff den Ayde, sidmal Recht und Vrtail geben hett, daß Cloß Früg umb semlich sin Mißtuon gericht, und von Leben zuo dem todt gebracht werden sölti, wie sich ain Gericht erkannti, Daß man dann nun hinfür denselben Cloßen Frügen dem Nachrichter bevelhen sölti, der solt in nemmen, und im sine Händ uff den Ruggen zesamen binden und in dann ußfüren zuo dem Galgen, und im da sine Ogen verbünden, und in denn an den Galgen hencken zetod, dem Ertrich entflöchnen, und dem Luft entpfelhen, ungevorlich so hoch, daß ain Raisiger mit sinem Geilen under im hin ryten möchti. Vff das Felix Ritter wyter zuo Recht satzt, ob wär, daß derselb Cloß Früg yena Guot in diser Graffschafft hette, wem dasselbig Guot zuogehören sölti: Darumb fragt ich obgenanter Richter der Vrtail umb uff Ayde, und ward mit gemainer Vrtail erkennt, und gesprochen, was Guotz Cloß Früg in der obgenanter Graffschafft hätte, dasselbig solt alles mir obgenantem Landtrichter zuo Handen mines gnaidigen

7) Also auch hier sehen wir eine besondere Gerichtsverhandlung über die Art der zuerkannten Todesstrafe. Was Wunder, wenn die Entscheidung dieser Frage an manchen Orten, wo die gleiche Uebung bestand, dem Scharfrichter überlassen blieb!

Herren zuogehören, Doch sinem Elichen Wib, ob er aine hätte, an ir Erecht und den rechten Gülten an iren Rechten on Schaden."

Den Schluß bildet die Strafandrohung gegen Alle, welche dieses Urtheil „anden, äfren oder rächen" würden, „anderst dann mit dem Rechten", Datum: „am Zinstag nach Sant Agten der Hellgen Jungfrowen Tag, als man zalt von Gepurt Christi vnsers HErrn tusent, vierhundert, achtzig, vnd im vierten Jare." Weitere Fälle aus den Jahren 1484 wegen Diebstals, 1503 wegen Todtschlags, 1508 und 1511 wegen blutrünstiger Wunden, 1517 wegen Sodomiterey, 1518 wegen Diebstals und anderer unehrlicher Sachen weichen in dem Punkte, der uns hier beschäftigt, nicht ab, ausgenommen, daß in dem Urtheilbrief von 1511 bemerkt ist, das verlassene Gut des in contumaciam zum Tode Verurtheilten sey „mit merer [8]) vrtal" dem Landvogt für den Landesherrn zuerkannt worden. Im Jahre 1519 brachte aber ein Landgerichtsproceß gegen einen landesflüchtigen Todtschläger hinsichtlich seiner Habe eine wichtige Controverse zur Entscheidung.

Vrthelbrieff. Anno 1519.

Ich Hans Giger, des Hochw. Fürsten vnd Heren, Hern Franciscen, Apt deß Gotzhus St. Gallen, mins gn. Heren Landvogt der Grafschafft Toggenburg, Thuoe kund menglichem mit disem brieff: Das uff hüt siner date, als ich in nammen vnd mit vollem gwalt benempts m. gn. H. zuo Liechtenstaig in der Statt, an deß Richßstraß an offenem gebannen Landtgricht zuo Gericht gesessen bin, für recht komen sind, die baid Waibel von Lichtenstaig vnnd Vnderampt, als cleger gedachts m. gn. H. wegen, vnd durch jren angedingten Fürsprechen fürtragen: Demnach ain recht vber Closen Zübli von Wyden, deß Todtschlags halber an Fitzen von Rennen sälgen laider begangen, beckent den Fründen Lib, das sy, wo sy in betretten, zuo sinem Lib vnd Leben richten lassen möchtind als verstanden, darumb sy da stunden von wegen m. gn. H., vermainen das jr Gnaden nach altem bruch der Grafschafft recht

8) Also nicht mit einhelligem, wie sonst gewöhnlich.

weri, welher sich sölcher gestalt verwürckte, das jr Gnaden alles sin guot, so er in der Grafschafft hette gevallen vnd vervallen sin, ouch also mit recht erkent werden solti: Vff das Baltas Zubli, sin gedachts Closen Bruoder mit siner Früntschafft, ouch ainen Fürsprechen ervordert vnnd den reden lassen, was an dem end mins gnädigen Heren, recht liessen sy syn, Vnd aber so getruwen sy wol, ob och sin Gnad etwas rechts da haben, dasselben nit witter, dann zu dem er derselbigen Zit die tatt laider beschechen, gehept, Vnnd gar nit zuo dem, so im sidhar anervallen oder vberkomen hetti, Darwider die Kleger hoften nain, sondern sölti jro Gnaden alles, so er uff hüttigen Tag hette vervallen sin; Vnnd als die Früntschafft wie vor vermaint, vnd also baider sidt die sach mit mer lengren reden, zemelden nit not, zuo erkantnus rechtens gesetzt: Ward nach miner vmbfrag mit ainhelliger Vrtal vff den Aide erkennt, das alles sin gerürten Closen Züblis ligend vnnd varend guot, so er der zit, als er den Todschlag getan, in der Grafschaft gehept, **und nit witter** minem gnädigen Heren, oder mir, als dem Lantrichter, an jr Gnaden statt zuogehören, doch ob er ain eliche Frowen hette, dieselbigen an jrem Erecht, vnnd ouch den rechten Gülten on schaden. Deß vorderten die Cleger brief, so och jnen vnnder miner benantz Lantrichters Jnsigeln m. gn. H., sinem Gotzhus vnnd mir unschädlich, von Landgrichtz wegen versigelt erckennt, Am Samstag vor Judica, Als man zalt nach Cristy purt, fünfzechenhundert vnnd Nünzechen Jare.

Anno 1520 sprach zwar das Landgericht das Vermögen eines zum Galgen verurtheilten Diebes nochmals mit einhelligem Urtheil dem Landesherrn zu. Allein schon 1526 machte sich die im J. 1519 zu Tage getretene Lust, dieses Herrschaftsrecht zu beschränken, von Neuem Luft und dießmal griff man es im Princip an. Ein Bartholome Grämiger von Grämigen hatte über gebotenen Frieden „des Jörgen Göttis Sohn" „gestochen oder gehowen, das er Bluotros worden vnd deßhalb flüchtigen Fuoß gesetzt, Darumb sy jn vor och vor zwayen Lantgrichten gesuocht, zwo Clagen zu jm behept. Stünden also da vff dem dritten tag, begerten Grichtz

vnnd rechtz zuo sinem Leib vnnd Leben: Vnd als jm gerürten Bartlome, och hieruff vff den drigen Richstraßen, nach ergangnen ainhelligen vrtalen, zum ersten, zum andern, vnd dritten, als vff den dritten Rechtag, gerüfft durch deß Landgrichs Knecht, ob er sich der clag, als obgemelt, verantwurten, das er frid vnnd glait zum rechten haben." Der Thäter kam nicht und ward für den Fall seiner Betretung „in der Grafſchafft" zum Schwert verurtheilt.

Hieruff die Cleger fürer zuo recht gesetzt, Ob er der vilgenant Bartlome guot in der Graffschafft hette, wem es zuogehören, ob es nit nach altem bruch vnd harkomen, minem gnädigen Heren, oder mir, als dem Lantrichter, in siner Gnaden namen, als dem Lantzheren zuogehören: Also ward och nach miner vmbfrag, mit ainhelliger vrtal vff den Aide erkent, Das anvangs siner gerürtz Bartlomes elichen Frowen jr Erecht, och den rechten Gülten jre recht behalten sin: Vnnd darnach jch, als der Lantrichter, das ander guot **vmb den costen vnd schaden**, so mim gnädigen Heren der sachhalb vfferloffen vnnd ergangen, angriffen: Vnnd ob dann mer vorhanden sin, wenn Jar vnd tag verschinen oder in demselbigen das recht an jm dem Bartlome, volbracht, alßdan min gnädiger Her sin recht witer suochen möchte ꝛc.

Dabei blieb es einige Jahre, allein der Weg zur Abschaffung des prätendirten landesherrlichen Erbrechts in Fällen halsrechtlichen Todes war betreten und die dem Fürsten ohnehin oft widersetzlichen Toggenburger Landleute schritten darauf weiter und bald machte das Landgericht auch nicht mehr den Unterschied zwischen wirklich hingerichteten und in contumaciam zum Tode verurtheilten Missethätern. Dieß zeigen uns die zwei letzten vom klagenden Fürsten Anno 1540 zu Schwyz vor den Schirmorten Schwyz und Glarus ins Recht gelegten Urtheilbriefe aus dem Jahre 1539, welche wir ihres auch sonst lehrreichen Inhalts wegen wieder in extenso mittheilen wollen.

Vrthelbrieff. Anno 1539.

Jch Hans German, deß Hochw. Fürsten ꝛc. Landvogt d. Graffsch. Toggenburg. Thuoe kund mengklichem mit disem brief: Das vff

hüt siner date, als ich in nammen vnd mit vollem gwalt obgedacht mins gnedigen Fürsten vnnd Herren, zu Liechtenstaig vor der Statt, aff der Tantzlouben [9]), ain offen verbannen Landtgericht gehalten hab, fürkomen der Ersam vnnd Wyß Gallus German, Vogt zuo Lüttenspurg, als ain cleger gerürts mins gnedigen Fürsten vnnd Herrn, vnnd durch Heinrichen Zwecken von Capel, alt Amman in den Hoffjungen, sinen erlouptten Fürsprechen, als er sich ouch mit ratt, nach Lantgerichtz Recht verraßt, clagswis fürtragen vnnd reden ließ, wie Hans Zimerman von Vtzwil, vnnd Vorich Zimerman von Brübach gebrüdere, den Hansen Zimerman, Müller von Güpffen, jrn Vettern seligen, by Nacht vnnd Nebel, vf fryer Landtstraß, mit jr selbs gwalt, vnervordert aller rechten [10]), von sinem Lib vnd Leben zum Tod gebracht, vnnd elendklich entlipt haben, Deß jnen dem Hansen vnnd Vorich vff hüt har für Landtgricht zum rechten verkünt, als das durch deß Landgrichts Knecht im rechten kuntlich gemacht, Darumb sy baid jr Libe erst alda im rechten verteilt, vnd deß entlipten früntschafft jr Libe zuobekent worden sygend: vnd diewil sy beid der früntschafft jr Libe verfallen, So vermeint der cleger, das der Hans Zimerman, vnnd vorich Zimmerman, vmb den Todschlag gestrafft werden, vnd obgedachtem minem gnedigen Fürsten vnnd Herren, alsdem rechten Lantzherren vnd Graffen, alles jr verlassen guot, nach dem alten bruch, verfallen sin sollend: vnd satzt es hiemit zuo recht.

Also hatt jch obgemelter Richter ein vmbfrag, vnnd ward nach min benantz Landtrichters vmbfrag, vff den Eyde mit merer vrtel zuo recht erkent vnd gesprochen: Das sy beid Hans vnd Vorich die Zimermanen, minem gnedigen Fürsten vnnd Herren, als dem rechten Lantzherren, allen costen vnnd schaden, so sinen Gnaden daruff gangen, vnnd noch daruff gon möcht, abtragen, vnd verfallen sin söllend, Doch ob sy Eefrowen hetten, an jren Erechten,

9) Die Verlegung des Landgerichts von der offenen Reichsstraße in einen Tanzsaal fällt ins Jahr 1520. Die Tanzlaube war wohl damals zu Liechtensteig das einzige Local unter Dach, worin das Landgericht genug Raum fand.

10) Offenbar ein terminus technicus, da er so gleichmäßig immer wiederkehrt. Als Gegensatz müssen wir uns wohl den Fall denken, wenn A dem B vor Gericht den Leib abgewonnen hatte und daraufhin ihn umbrachte.

vnd den rechten Gülten one schaden, vnnd was dannathin me vom guot da wery, jren den nechsten Erben zuogehören. Folgt die Besiegelungsformel.

Vrthelbrieff, Anno 1539.

Ich Hans German, deß Hochw. Fürsten vnnd Herren, Herrn Diethelmen, Appt deß Gotzhus Sant Gallen, siner Gnaden Landtvogt d. Graffsch. Toggenburg, Bekenn offentlich vnd thuon kund mengklichem mit disem brief: Das vff hütt siner date, als ich in namen vnd mit vollem gwalt gedachts m. gn. F. v. H. zuo Liechtensteig vor der Statt vff der Loben, Als ain Landtrichter, in offnen verbannen Landtgericht, von der Grafschafft versamlet, offenlich zum rechten gesessen bin, fürkomen ist der Fürnem Gallus German, Vogt zuo Lüttenspurg, als cleger m. gn. H. einer: Vnd Heintz Küng vß dem turtal, gebunden vnd gevangen, ander sidtz, vnd als sy sich mit Fürsprechen vnd Ratt, vom Landtgricht nach Landtgrichts recht vnnd gebruch verfaßten, vnd ouch anfangs benanter gevangner, Gott dem Almechtigen, vnnd siner Wirdigen Muotter Maria, vnd allem Himelischen Here, zuo Lob vnnd dem Gricht zuon Eren, damit er sin anligen dester baß fürbringen, nach ergangner Vrteil, siner banden entlediget.

Do clagt der gedacht Cleger, vß gewalt mins gned. Herren, durch Aman Cüntzlin sinem Fürsprechen, zuo benantem Heiny Küngen, von Vnchristenlichen werchen, mit Zitt- vnnd Mäß-Küen, So vil vnd dick by dryen Jaren getriben, das er der zall nit wüßen, zuo schaffen gehept, Ouch kind by zehen Jaren alt, sins Jungfröwenlichen Bluomens geschwecht vnnd benotzogen, vnnd sinen muotwillen mit jnn verbrucht, zuo sampt sinem Vatter zwen Knollen Schmalz, vnnd einen Stock Zyger entwerdt (sic), so derselb Heiny Küng gethon, vnnd vmbezwungen von jm selbs bekennt, vnd vergechen hatte, Als er soliches ouch durch einen Zedel, der mit einhelliger Vrtel verlesen [11]), clagswiß dargethon, Vnnd darum siner antwurt, ob er diß also gethon vnd vergechen, begert.

Vnnd als er der genannt Heiny Küng, durch Schultheiß Jochim

11) Also selbst darüber hatte das Gericht zu entscheiden, ob der Vergichtzeddel, das Verhörprotokoll verlesen werden sollte oder nicht!

Zürgker, sinem Fürsprechen, antwurt, daß er der stucken aller, wie die im Zedel verlesen, bekantlich vnd anred was, das er die leider gethon, vnd ouch vergechen hette: Doch etlichs deß Vechs [12]) halb in siner Jugendt, das er nit gewüsset, also böß sin, vnnd sich deß erindert, darvon gestanden: Vnnd deß Meytlis halb, achte er villicht nit so ruch gangen, als aber die sach verstanden werden welle, vnnd welle jm darfür was zimlich sin geben: Vnd sins Vatters deß Schmaltzes vnnd Zigers halb, hab er nit geacht kein schad sin, mit solichen fürworten, damit er jm selbs ein glimpff zuo schepffen vermeint, Deßhalb mit ernstlichem pitt, diß alles zum gnedigisten zuoerkennen.

Do ließ der gedacht cleger fürer reden, Sidmalen er der Heiny Küng, solicher clag vnd stuckinen gethon vergechen, aller gichtig vnnd anred syge, vnnd aber das er etlichs in siner jugent gethon, sol jne doch an dem end nit schirmen, sunder sich damit sovil overthon, das er billich gericht, vnd vom Leben zum Thod gebracht werden, hie nachs Rechten erkantnus.

Vnd also nach dem die sach beider sidt zuo recht gesetzt, ward nach miner benantz Landtrichters vmbfrag, mit ainhelliger vrtel vff den Aide ertheilt, nach clag vnd antwurt, red vnd widerred, vnd nach siner vergicht, vnd allem dem, so in recht gangen wery: Also das sich der vorgenant Heiny Küng, der sach halb sovil überthon hette, das man billich vmb sin mißthuon, zuo jm richten, vnd vom Leben zum Thod bringen sölte, hie nachs rechten erkantnus.

Vff das der cleger fürer reden ließ, Sidmalen sich dann ein recht bekent hett, das man zu jm dem Heiny Küngen, vmb semlich sin mißthuon richten, vnd vom Leben zum Todt bringen solte, So begerte er an einem rechten zuoerfaren, wie vnd mit was Tod söliches beschehen sölte, damit das recht sinen fürgang hette, bat mich hierum fragen: Also fragt jch vrtel vmb, vnnd ward erteilt mit einhelliger vrtell vff den Eyde, nach der vergicht vnd thatt, so er gethon, das man jn dem Nachrichter empfehlen, der jn nemen, vnnd jm sine Hand hinden vff den Ruggen zuosamen binden, vnnd hinus an gewonliche Richtstatt füren, vnnd zuo jm richten mit dem Brand vnnd Für [13]), vnnd jn zuo Tod, Bulver vnnd Eschen ver=

12) Viehs.

13) Im Jahr 1517 hieß es noch „mit dem Schöb“, wie wir aus dem achten Urtheilbriefe über einen Sodomiter Hans Lütold ersehen.

brennen, vnnd darnach dasselbig vergraben, das khein lebendig Creatur darüber komen: Vnnd wann soliches beschehen, das alßdann hie nachs Lantgrichts recht an jm verbracht sige.

Vnnd also der Cleger fürer zuo recht setzt, Dwil er vom Leben zum Tod zuorichten erkent, ouch wie vnd mit was Tod, ob dann naißwar. wäri, der sich annemen ald weren, damit das, so recht vnd vrtal gebracht, nit anjm volbracht werden, oder das in argem anden, äfren ald rechen, jetz oder hernach, ob nit der oder dieselbigen in denen pennen vnd banden stan, darinn er der vilgenant Heiny Küng jetz erkent wery: Batt mich deß ouch fragen: Also ouch nach miner vmbfrag mit ainhelliger vrtail erkennt: Das sölichs, wie der Cleger das zuo recht gesetzt, sin sölte.

Vnd also hieruff der Cleger witter zuo recht gesetzt, Dwil man verstanden, das er soliches Meytly geschwecht, was er jm darfür thuon, Dann von einem Herren biß an den andren, alles sin verlassen guot, nach dem alten bruch, eines Herren sin: Daruff abermals zuo recht erkent vff den Eyde, Ob er der Heiny Küng ein Eefrowen haben, an jrem Erecht, vnnd den rechten Gülten, one schaden, vnd darnach dem Meytly fünfftzig pfund Haller, Vnnd dannathin allen costen vnnd schaden, so minem gnedigen Fürsten vnnd Herren daruff ergangen, vnnd noch daruff gon möcht, abzetragen.

Der Vrtel vnnd vorgangner rechten, begert jm der Cleger eins Briefs, der jm zuogeben mit recht erkent, mit minem benantz Landtrichters hieruff getruckten Insigel, Doch minem gned. F. v. H., siner Gnaden Gotzhus, vnnd mir vnschädlich, besiglet, erkent geben am Donstag nach Sant Petter vnnd Pauls Tag, Nach Cristus purt gezelt, Fünfzechenhundert Drissig vnd Nün Jare.

Somit war der ehemalige Universalerbe nunmehr erst hinter dem Damnificaten und zwar nur für seine Impensen collocirt worden! Wie begreiflich, daß der Landesherr dieß unleidlich fand, aber wird der Spruch der Schirmorte seine ehevorigen Rechte in diesem Punkte wiederherzustellen Macht gehabt haben? — Für lange gewiß nicht! — Auffallend muß es erscheinen, daß noch im Jahre 1540, also mehre Jahre nach der Promulgation der peinlichen Gerichtsordnung ein deutscher Reichsfürst seine Ansprüche auf die Verlassenschaft hingerichteter Diebe, Sodomiter u. s. w. in den „Kaiserlichen Rechten" begründet finden wollte und daß weder die

renitirenden Landleute, noch die angerufenen Schiedsrichter diese Berufung widerlegten. — Die bedenkliche salvatorische Clausel im Eingange der Carolina: „Doch wollen wir durch dise gnedige erinnerung Churfürsten, Fürsten und Stenden, an jren alten wolhergebrachten rechtmeßigen vnnd billichen gebreuchen, nichts benommen haben" fristete vielleicht auch dem hier in Frage liegenden Mißbrauch da und dort das Leben.

Unter allen Argumenten, welche der gelehrte Goldast vorbrachte, um im Auftrage des Kurfürsten von Trier zu beweisen, daß die Güter der justificirten Hexen allerdings confiscirt werden dürften [14]), lag wohl das stärkste in seiner Anführung, daß Karl V., also der Promulgator der Carolina, selbst nach der Publication dieses Gesetzbuches die Gütereinziehung als Strafe der Ketzerey verordnet habe [15]). Die merkwürdige Stelle bei Goldast lautet also:

> Kayser Carl der Fünffte, in dem Edict wieder die Ketzer und Secten, außgangen zu Brüßel, den 29 April anno 1550 § Ende eerst 3 statuiret allso: Ende, in dien zy in häre divalingen, Opinien Offte Ketteryen, persisteren, geerecuteertte worden, mit den Viere: en in allen gevallen alle haer lieder Goedt vercleert, geconfisqueert, ende verbuert to tisen proffyte: 2c..

Beim Verkaufe der Doubleten der Wiener Hofbibliothek war ich nun so glücklich, dieses merkwürdige Pönal-Edict Karls V zu erwerben. Goldast muß sich aber in der Jahrzahl 1550 verschrieben haben, wenigstens trägt mein Exemplar die Zahl 1540. Der vollständige Titel dieser wenig bekannten Piece lautet folgendermaßen:

> Ordnung, Statuten vnd Edict, Kaiser Carols des fünfften, publicirt in der namhafften Stat Brüßel, in beysein irer Mayestet Schwester vnd Königin, Gubernant vnd Regent seiner Niderland den 4 Octobris anno Christi 1540. In Brabandischer sprach erstlich außgegangen. — 12 Blätter, klein Quart. Ein Drucker ist nicht angegeben.

---

14) Hrn Melchior Goldast von Haiminsfeld 2c. Rechtliches Bedencken von Confiscation der Zauberer und Hexengüther 2c. zu Erklährung und Erläutterung der K. P.H.G.O. Caroli V. J. Im 109. und 218. Art. die von etlichen so Schrifft- als Rechts-Gelährten im wiedrigen Verstand wollen gezogen werden. Bremen 1661. 4°.

15) S. 157.

Das Edict besteht aus zwei ganz verschiedenen Theilen. Im ersten wendet sich der Kaiser gegen die Bankrottirer und die Wucherer, verordnet wiederholentlich die Sammlung der Prozeßgebräuche [16]), friedliches Vertragen zwischen den weltlichen Amtleuten und den Geistlichen, giebt den Notaren Vorschriften über ihre Geschäftsführung, bestimmt eine zweijährige Verjährungszeit für gewisse Currentschulden, befiehlt Aufsicht über betrügerische Verlockungen zur Heirath und strenge Auswahl bei Bestellung der Beamten, wozu keine „offenbaren Ehebrecher oder sonst verleumbde personen in andern vbelthaten oder verzickte leut mit einicherley Secten oder Ketzereyen oder die sich offt vol trincken vnd truncken werden zu welen." Im zweiten Theil „An die zu Flandern" ist von der „Schwermerey, Mißbreuch vnd Ketzereyen" die Rede, „welche lange Zeit her in vnsern Niderlanden außgespreyt seyn gewest vnd tegliches mer vnd mer einreissen." Besonders auf „Verbietung der Bücher, die solche Schwermerey inhalten mit welchen das Gemeyn volck

16) Ich kann mich nicht enthalten, den darauf bezüglichen Passus in einer Note ganz mitzutheilen, weil mir das darin zu Tage tretende Bestreben des Kaisers mit dem der Carolina als Motiv zu Grunde liegenden in merkwürdigem Zusammenhange zu stehen scheint. Vnd zu uermeiden die mißbreuch (sagt der Kaiser) antreffende die vile der Gewonheiten, die man praucht in vnsern vorgemelten Landen, vnd die inconuenientz die daraus entspringen (dann man offt an einem ort widerwertige gewonheyten befindt) auch zu vermeiden großen vncosten, welche die partheyen haben müßten von wegen die vorgeschrieben preuch vnd gewonheyten in irem land zubeweisen vnd bezeugen, So haben wir in vnser Ordnung im 31. jar erschinen, ernstlich befolhen, das Alle breuch vnd gewohnheiten vnser vorgeschribnen Landen solten fürbracht, in schrifften verfaßt, geaccordirt vnd decidirt werden, welches alles nicht geschehen. Hierumb disem mißbrauch fürzukomen, vnd auch zuuerkürzen den langen Proces des Rechtens, so ordnen wir vnd statuiren das alle vnsere Amptleut, Richter der Stetten groß vnd klein, Ballionen, Preuosten vnd andre Officier von allen orten ein yetlicher für sich in seim gepiet, pfleg, freyheyten, Probsteyen, sollen gehalten werden, zu solcher rescription, von vnser offtgemelter Schwester, bis zu der zeit, das sie statuirt, für sich zu bringen den Brauch von allen orten schrifftlich verfaßt mit guter erklerung derselbigen, sie zu besichtigen vnd verteilen, vnd mit gutem zeitigem rath zu bestetigen vnd ordnen zu vnterhaltung das, wie Recht vnd billig ist rc.

betrogen vnd verfüret ward" und auf die heimlichen Versammlungen, in welchen „die verfürer ire Schwermerey, Yrthumben vnd Gifft heimlich ausspreiteten vnd erweiterten" richtet sich des Kaisers Augenmerk. Frühere Edicte und Mandate, sagt uns der Ingreß, seien fruchtlos gewesen, weßwegen jetzt ein geschärfter Befehl an alle Obrigkeit des Landes ergehe; folgt ein Index prohibitorum librorum und dann die Straffatzung für diejenigen, welche fortan diese Bücher hielten oder sonstwie der neuen schwärmerischen Lehre anhiengen, mit diesen Worten:

> vnd so yemandt die vorgeschriben Bücher oder Malerey bei sich hette, das er die bald verbrenne. Bey peen (so yemandt befunden wirdt wider einich vorgeschriben punct gethon haben) verklert vnd volstreckt zu werden, nemlich die manssperson mit dem schwerdt, vnnd die weiber lebendig zu vergraben, So sie anderst ire yrthumb nit dulden oder beschützen wöllen. Wann sie aber in iren yrthumben vnd Ketzereyen verharren wolten, so sollen sie mit dem fewr zum tod gebracht werden, vnd alle ire güter genomen vnd gewent zu vnserm nutz. Wöllen auch, das von dem tag an, wann solche person gefallen sind in dieselbige Schwermerey, sollen nicht macht haben, etwas mit irem gut zu schaffen, vnd alle enderung, schenkung, vbergebung, verkaufung, testament, vnd letster will sollen nichtig vnd krafftloß seyn.

Wir übersehen nun zwar nicht, daß diese Straffatzung nicht vom Kaiser für das deutsche Reich, sondern vom Grafen zu Flandern für dieses Land extra aufgestellt wurde. Dennoch aber scheint uns immer so viel daraus hervorzugehen, daß der gleiche Mann doch wohl schwerlich aus allgemeinen naturrechtlichen Anschauungen die Strafe der Gütereinziehung ganz allgemein für einen sofort abzustellenden Mißbrauch im Jahre 1532 erklären, im Jahre 1540 aber dieselbe Strafe für ein anderes seinem Scepter unterworfenes Land anordnen konnte und neigen uns deßhalb zur Ansicht derjenigen Rechtslehrer, welche in jener überaus dunkeln Stelle der Carolina mehr nicht finden wollten, als ein Verbot der Confiscation in andern als den durch Gesetz oder kaiserliche Rechte statuirten Fällen [17]. Wir lesen darum mit Goldast u. A.:

17) Feuerbach §. 153.; Grolman §. 160.; Wächter §. 103.; Martin

Item an etlichen orten, so ayn übelthetter außerhalb des lasters vnser beleidigten Majestet oder sunst jnn andern fellen, so der übelthetter leib vnnd gut mit (statt nit, wie die meisten Ausgaben haben) verwirckt, vom leben zum todt gestrafft, werden weib vnd kinder an bettelstabe, vnnd das gut dem herrn zugewisen, vnd die vnd dergleichen gewohnheyt. Wollen wir, daß eyn jede oberkeyt abschaffen vnd daran sein soll, daß sie hinfür nit geübt, gebraucht, oder gehalten werden 2c.

Böhmer's Einwürfe gegen diese an und für sich, wie er selbst zugiebt, möglichst einfache Textesänderung scheinen mir äußerst schwach. Daß die Worte „oder sunst" den Sinn haben können: oder (mit andern Worten) überhaupt ist im Ernste doch wohl nicht zu bestreiten. Warum der Kaiser nebst dem Falle der Beleidigung der kaiserlichen [18]) Majestät die andern Fälle, womit der Uebelthäter leib und gut verwirkt und wo demnach die Confiscation statthaft seyn sollte, nicht ausdrücklich benannt haben sollte, da es sich doch hier um mehr als Eichelnlesen gehandelt habe, fragt Böhmer weiter. Darauf könnte man einfach mit der Verweisung auf die noch viel auffallendere Unbestimmtheit im Schluß- und Hauptsatz des gleichen Artikels: die vnd dergleichen gewonheyt [19]) antworten und gegenfragen, warum nannte der Kaiser diese andern gleichen Gewohnheiten, die er nicht länger dulden zu wollen erklärt, nicht ausdrücklich? Der ganze Art. 218 ist eben eine ziemlich verwirrte, unordentliche Nach- und Zusammenlese von allerlei verein-

---

§. 93.; Hugo Röm. Rechtsgesch. bis Justin. (11) S. 1140. Marezoll über bürgerl. Ehre S. 329. bes. Heffter §. 137, der auch Perneder und nebst ihm das höchst merkwürdige und doch von den Criminalisten sowenig berücksichtigte Statutenbuch anführt. S. noch oben Note 5.

18) Dieß wurde vielfach und gern übersehen und die Beleidigung der fürstlichen, gräflichen u. s. w. Majestät nicht weniger streng geahndet, s. Huch vom Recht des Fiscus des unmittelb. teutschen Reichsadels §. 28 f. (Siebenkees jur. Mag. I. 205 f.) und den dort S. 177 cit. Haltaus memoria jur. publ. certi S. R. J. ex med. aevo eruta. Lips. 1735.

19) Remus ad h. l. hat noch einige von der C.C.C. übergangene namhaft gemacht, wie viele aber wären noch beizufügen gewesen!

zelten Notizen von bisherigen Gerichtsgebräuchen [20]), welche durch die Carolina nicht sanctionirt, sondern ersetzt werden sollten. Da ließ sich nur Einzelnes beispielsweise besonders hervorheben und in der That wer hätte sich wohl daran gestoßen, wenn die hier in Frage liegende Sache mit andern Worten so erwähnt worden wäre:

> Ein anderer Mißbrauch ist es, wenn die Güter eines zum Tode verurtheilten Uebelthäters ganz allgemein und nicht blos in den Fällen, wo derselbe mit seiner Missethat Leib und Gut verwirkt hat wie beim Verbrechen unserer beleidigten Majestät, dem Gerichtsherrn zugewiesen, Weib und Kinder aber an den Bettelstab gebracht werden u. s. w.

Es darf und muß aber auch darauf hingewiesen werden, daß Goldast 21 weitere Fälle [21]) namhaft gemacht hat, wo die Confiscation in Reichsgesetzen vorgesehen ist und Damhouder sogar über 60! Wie kann man da verlangen, daß die vom Verbote der Gütereinziehung eximirten Fälle alle ausdrücklich zu nennen gewesen wären?

Böhmer's dritter Einwurf geht wohl neben das Ziel, wenn er die Ausdrucksweise: „in andern Fällen, so der Uebelthäter Leib und Gut mit verwirkt" undeutsch findet, weil man nicht sage Leib und Seele mit, Kaiser und Reich mit. Das von Goldast dem nicht

20) Wenn übrigens der Artikel von Gewohnheiten spricht, so ist der Ausdruck gerade hinsichtlich des in Frage liegenden Punktes nicht genau. Die Ansprüche der Inhaber des Blutbanns auf den Nachlaß justificirter Uebelthäter stützten sich zuweilen auf förmliche kaiserliche Verleihung, s. z. B. Kress ad art. 218. §. 4. Mevius C. in Jus Lubec. l. I. T. II. Art. III. bezeugt, daß tausende von Statuten die Gütereinziehung enthalten. Ubi ex publica lege vel statuto per imperatorem aut, quod idem est, immemoriali praescriptione firmato dictari solet, inferiores quoque eam irrogant — fügt er bei.

21) J. S. Fr. v. Böhmer, welcher in der Hauptansicht vom fraglichen Passus des Art. 218 mit Goldast übereinstimmt, will freilich davon höchstens noch 4 oder 5 gelten lassen. Mit Unrecht verwirft er aber wohl die Ketzerei, welche nach Analogie des Majestätsverbrechens, zumal beim gänzlichen Schweigen der Carolina, am Allerwahrscheinlichsten nach ihr wie vor ihr mit der Gütereinziehung bestraft ward. Ausdrücklich bezeuget es von dem Gerichtsgebrauch seiner Zeit Schilter Exercitt. ad ff. XLIX §. 156. Wurde sie doch so oft als ein crimen laesae majestatis divinae aufgefaßt! Vergl. noch Henke, Handbuch I. S. 586.

unwahrscheinlich corrupten nit substituirte mit sollte nicht eine Verstärkung des conjunctiven und in leib vnd gut seyn, sondern soviel als damit bedeuten und Beispiele solcher Sprachweise könnten noch heutzutage zu Hunderten nachgewiesen werden. Böhmer's letzter Einwurf, daß die Stelle nach Goldasts vorgeschlagener Emendation auch so noch dunkel bleibe, so daß der fragliche Mißbrauch „unter der Firma dieser Redaction mit einem mäßigen Aufwand von Deutelei füglich fortgesetzt werden konnte" trifft, von allem Andern abgesehen, wenigstens ebensostark jede andere Emendation und insbesondere seine eigene, die Veränderung nämlich von oder in aber, auf deren Erfindung er sich so viel zu gut thut. Die ganze Satzbildung in der Stelle qu. ist eben fehlerhaft und ward durch die Auslassung der Hülfszeitwörter in den eingeschobenen Sätzen unverbesserlich dunkel.

Ich kann, indem ich hier abbreche, diesen Anlaß nicht vorübergehen lassen, ohne darauf aufmerksam zu machen, daß Carls V anderweitige Gesetzgebung bisher meines Erachtens viel zu wenig berücksichtigt und zur sachlichen Erläuterung seiner peinlichen Gerichtsordnung herangezogen worden ist. Ganz übersehen scheint man bisher seine Reformation der Mailänder Statuten [22]) zu haben, deren Vergleichung mit den Bestimmungen der Carolina doch um so bedeutsamer seyn könnte, als die italienischen Stadtrechte durch Vermittlung der dieselbe theils commentirenden theils als Rechtsquelle benutzenden italienischen Praktiker von großem Einfluß auf die Strafrechtslehre im 16. Jahrhundert gewesen sind.

22) S. die Vorrede zu Observationes in constitutiones Dominii Mediolanensis. Auct. Ang. Steph. Garono Mediolani 1627. 4°., wo dem Kaiser nächst dem Herzog Francesco Sfortia das Verdienst und der Ruhm eines neuen Justinian vindicirt wird.

VIII.

Noch ein Wort zum Art. 218 der Carolina.

Von

W. E. v. Gonzenbach.

Nebst Erwiederung des Herrn Geh. Justizraths Abegg.

Die neuere Mittheilung des Herrn G.J.R. Abegg über diesen Artikel im zweiten Hefte des 16. Bandes der Zeitschrift nöthigt den Endesunterzeichneten zu der unumwundenen Erklärung, daß es ihm von Herzen leid thut, durch ein Versehen verleitet, welches allerdings bei mehr Aufmerksamkeit hätte vermieden werden können, dem ebengenannten, von ihm hochgeachteten Herrn ungerecht geworden zu seyn. Die Auseinandersetzung Abeggs hat mich von dem ihm angethanen Unrecht vollständig überzeugt und ich bedaure aufrichtig, wider meinen Willen, aber allerdings nicht ohne meine culpa, einen Mann gekränkt zu haben, dessen Verdienste um die Wissenschaft aller Ehren werth sind. Es ist nun sonnenklar, daß Abegg in jener Stelle, welche, von mir falsch verstanden, mir Veranlassung gegeben hatte, einige literarische Nachweisungen über den Strafänderungsgrund der verunglückten Execution zu geben, durchaus nicht dessen Vorkommen bei den ältern Criminalisten, sondern nur soviel bezweifelt hatte, daß die Stelle Psalm 124 V. 7. „der Strick ist zerrissen und wir sind los" das Argument derjenigen Juristen gewesen sei, welche die Strafumwandlung nach dem Mißglücken der Execution vertheidigt haben. Gegen diesen Zweifel nun habe ich in meinen Bemerkungen zu Abeggs Aufsatz (Bd. XV. Nr. 7 dieser Zeitschr.) nichts vorzubringen gehabt und auch jetzt noch vermag ich denselben nicht zu widerlegen, ob ich gleich jenes Argument einst bei einem oder einigen der ältern Criminalisten — ob als ratio dubitandi oder decidendi, kann ich aber freilich nicht sagen — gelesen zu haben glaube. Am Ende kommt auch darauf nicht viel an, wenn schon allerdings darin eine Spur des Einflusses der heiligen Schrift auf die juristischen Schriftsteller einer gewissen Periode mehr läge,

eines Einflusses, auf welchen Abegg neuerlich mit Recht aufmerksam gemacht hat. Bedeutsamer ist die Anerkennung jenes Strafumwandlungs- resp. Strafaufhebungsgrundes durch Doctrin und Praxis überhaupt und der Belege dafür kann man meines Erachtens schon darum nicht zuviel beibringen, eben weil die Sache zu einer gesetzlichen Feststellung nicht zu gelangen vermochte und weil es bei alle dem gewiß als eine singuläre Erscheinung gelten muß, daß die Neuzeit in einem Punkte rigoroser sich darstellt, als das Zeitalter Carpzows, welchem man als Beweis seines Drakonismus nachzureden pflegt, daß er zwanzigtausend Missethäter zum Tode verurtheilt habe! — Ich hatte nun schon in meinen früheren Bemerkungen (Zeitschr. XV. S. 300) auf Ochs Geschichte von Basel hingewiesen, als bei welchem sich Beispiele finden lassen, daß auch die Strafe des Ertränkens zuweilen ihren vollkommenen Erfolg verfehlte. Abegg hat auf diese meine gelegentliche Anführung bei der in Frage liegenden Untersuchung Bezug genommen und, ohne jedoch die wichtigste Stelle bei Ochs in's Auge gefaßt zu haben, behauptet, daß daraus keine Analogie für die Liberirung durch das Zerreißen des Strangs hergeleitet werden könne. Folgende Stelle bei Ochs (Bd. VI. S. 482 flg.) scheint indessen das Gegentheil zu beweisen. Ich lasse die sprechende Beweisstelle hier wörtlich wieder abdrucken, weil ich die Beobachtung gemacht zu haben glaube, daß Ochs nicht diejenige Verbreitung gewonnen hat, welche er, namentlich um des Reichthums seiner culturhistorischen Nachrichten willen, verdient.

Die Wasserstrafe wird also im Schwarzen Buche Anno 1541 beschrieben: „Wenn man jemand, Weibs- oder Mannsperson, von wegen ihrer Uebelthaten, mit dem Wasser richten und ertränken will, so soll ein Oberster Knecht am Abend besorgen, daß die Gesellschaftsmeister zur Mägden (Zunfthaus der Schiffer, Fischer ꝛc.) vier von den Fischern, so den Rhein brauchen, verordnen, daß die Morndes ... bei der Rheinbrücke mit zwei Weidlingen gerüstet warten, den armen Menschen hinab, bis zum St. Thomas Thurm im freien Rhein rienen lassen, und sobald sie daselbst hinkommen, daß sie von Stund an den armen Menschen an das Land führen, und denselben den Todtengräbern, von Stunde aufzulösen, aus den Banden zu erledigen und das Wasser von ihm zu schütten überliefern; damit, falls Gott der Herr einem solchen Armen (wie hievor

auch geschehen) sein Leben bis dahin im Wasser erretten würde, daß der Arme nicht erst auf dem Lande in Banden verderben und so ihm wohl (nicht?) geholfen, umkommen müßte. Darum soll auch ein Oberster Knecht an dem Abend bei den Todtengräbern vorsorgen, daß sie morndes, sobald der Nachrichter den armen Menschen auf die Rheinbrücke bringt, an der obgemeldeten Landstätte ohne alles Verhindern seyen, daselbst mit ihrem Karren auf den Armen warten und sobald die Fischer den Armen zu Lande gebracht, daß die Todtengräber den zur Stunde zu ihren Handen empfangen, ihm die Bande aufschneiden, ihn umkehren, das Wasser von ihm laufen lassen und keinen Fleiß noch Labung sparen, so dem Armen zu Rettung seines Lebens dienen mag. Denn, falls die Todtengräber hierin säumig wären, und den Armen mit Gefährden verkürzen sollten, würden unsere Herren sie ihrem Verdienen gemäß, hertengklich strafen. Welche auch von den Fischeren zu warten und die zwei Weidlinge zu führen beschieden worden, die sollen bei ihrem Eide wie dann frommen, ehrlichen Büegern oder Hintersäßen zu thun gebührt, und wohl anstehet, ohne alle Hinderung, dazu gehorsam seyn; und den armen Menschen, wie obstehet, bei der Landstätte den Todtengräbern an das Land liefern; auch, in Zeit der Nothdurft, wo die Todtengräber säumig, dem Armen die Bande selber aufhauen und das Leben helfen retten; welches ihnen nicht nur nicht verweislich, sondern bei unsern Herren und sonst männiglich für eine ehrliche Gehorsame geachtet und aufgenommen werden soll. Darum auch unsre Herren jene Fischer, so sich solcher Gehorsame widern, als meineidige Leute, an ihrem Leibe, oder mit Verweisung ihrer Stadt und Landes strafen werden, ohne Gnade."

Hiezu führt Ochs gleich auf den nächsten Seiten (l. c. S. 485) ein besonders schlagendes Exempel mit folgenden Worten an: „Eine hatte 1567 ihr Kind in den Birsig geworfen, welches sie mit ihrer Schwester Mann erzeugte. Sie sollte lebendig begraben werden. Die Geistlichen erhielten aber, daß sie ertränkt werden sollte. Der Scharfrichter warf sie gebunden in den Rhein. Allein sie kam unter Thomas Thurm lebendig aus dem Wasser, wurde begnadiget und, was unbegreiflich ist, fand einen Mann." — Dem immerhin zu gewärtigenden Einwurfe, daß er die Strafe des Ertränkens mit der des Schwemmens (dem bekannten tratto di corda) verwechsle, begegnet Ochs S. 487, indem er anläßlich einer

Schwemmung berichtet: „Drei Metzen wurden im Jahr 1581 an's Halseisen gestellt und dann geschwemmt, welches mit ertränken nicht zu verwechseln ist. Das Schwemmen bestand darin, daß die an Stricken gebundene Person auf der rechten Seite der Rheinbrücke in den Rhein hinunter gelassen, und auf der andern Seite, wohin der Strom sie gerissen hatte, wieder hinaufgezogen wurde." — Noch ein Beispiel aus späterer Zeit, wie wir es bei Ochs a. a. O. S. 762 finden, verdient erwähnt zu werden, weil hier die juristische Fakultät die Liberirung aussprach: „1602 Eine von Buus hatte ein Kind verderbt und sollte mit dem Wasser gerichtet werden. Sie kam aber lebendig, gesund und frisch bei dem St. Thomas Thurm aus dem Wasser heraus. Die juridische Fakultät eröffnete, daß sie ihre Probe bestanden habe. Sie wurde mit der Anzeige, sich ehrlich zu halten, heimgeschickt." In den Jahren 1608 (Ochs l. c. S. 765) und 1634 (Ochs l. c. S. 773) kamen neue Fälle solcher wunderbarer Errettungen und zwar ebenfalls bei Kindermörderinnen vor. Beide wurden nur Landes verwiesen. Bei der letzten Gelegenheit beschloß nun aber der Rath, solche Verbrecherinnen fortan nicht mehr ertränken, sondern enthaupten zu lassen und wirklich finden wir schon im Blutregister des gleichen Jahres eine so bestrafte Kindsmörderin. — Einen Fall von Errettung vom Galgen erzählt Ochs nach Chroniken Bd. II. S. 452, ein anderer kam dem berühmten Bodin in seiner richterlichen Praxis vor, s. Baudrillart J. Bodin et son temps. Paris 1853. p. 135. Hingegen finde ich in der aktenmäßigen Relation über Lips Tullian und Genossen I. 169 das Beispiel eines Delinquenten angeführt, der 1706, nachdem zwei Stricke zerrissen und er vom Pfahle lebendig heruntergefallen, zum dritten Male aufgeknüpft, hangen blieb und das Leben verlor. — Die Umwandlung der Todesstrafe in eine mildere Strafe, von welcher Abegg l. c. XVI S. 350 trotz dem von mir citirten Carpzow sagt, daß sie „schon in's Gebiet der Gnade eingriffe und außerhalb des Richter-Berufes lag", ist durch die nach Ochs oben angeführten Beispiele ebenfalls nachgewiesen.

So viel hierüber. Es wird Zeit seyn, sich zum Art. 218 zu wenden. Doch sei mir noch zuvor vergönnt, eine andere verkehrte Auslegung in meinen „Bemerkungen" (Bd. XV. S. 307) zu berichtigen. Der dort angeführte Artikel des capitulare Noviomagense Anni 808, welcher immerhin merkwürdig genug schon den

Fall des Entrinnens vom Strick behandelt, besagt in der That, recht erwogen, nichts anders als daß der ohne Schuld und Gericht aufgehängt gewesene Freie, der sein Leben rettet, selbst, für sich, das Wehrgeld empfangen und nicht vom Fiscus beerbt werden, der Servus aber überdieß dabei seine Freiheit erlangen solle.

Was nun den von Abegg und mir besprochenen, im Art. 218 der C.C.C. gerügten alten Mißbrauch, daß der Nachrichter das Urtheil aussprach, betrifft, so ist es uns Beiden darin gleich schlimm gegangen, daß wir uns Dreyers Anmerkungen über diesen Punkt und die von ihm angeführten Beweisstellen und historischen Exempel haben entgehen lassen. Dreyer sagt (Antiq. Anmerk. über Lebens-, Leibes- und Ehrenstrafen, Lübeck 1792 S. 80 flg.): „Wie der Fronbote (executor in civilibus), so war auch der ordentlich bestellte Nachrichter (executor in criminalibus) beim Gericht beständig gegenwärtig und es sind sehr viele Beispiele vorhanden, daß derselbe die ihm vorher eröffnete Urtheile bei dem endlichen nothpeinlichen Halsgericht nicht nur öffentlich eingebracht (publiciret, verkündiget) sondern auch in ganz offenbaren Verbrechen dieselben selbst gefunden habe." Citirt werden hiezu von Dreyer die Braunschweig'sche Fehm-Ordnung vom Jahr .... in Rethmaiers Braunschw. Chronik S. 627, das Bayerische Landrecht vom Jahr 1349 in Heumanni opuscula jur. Germ. p. 63, die von mir schon erwähnten Freibergischen Statuten in Schotts Samml. Th. 3, sodann ein historisch-berühmtes Beispiel nach Reckmanns Lübekischer Chronik. Als nämlich im Jahr 1537 (also einige Jahre nach Promulgation der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V) Georg Wullenwebern der Proceß gemacht ward, „da hat Hans Styr gefunden, dat ehrliche Land findet, daß ihm der Nachrichter das Urtel finden soll. Da hat der Richter gesagt: Meister Hans, da frag ich dich darnach. Der sagt: Herr Richter, so ich ihm das Urtel finden soll, so will ich ihm hinausführen und in vier Teil hauen, und legen auf ein Rad und richten ihm zwischen Himmel und Erde." Dieses Urtheilfinden des Scharfrichters, bemerkt Dreyer hiezu, nachdem er noch Tenglers und Meisters Meinung recensirt, war es eigentlich, was Kaiser Karl V Art. 218 der P.G.O. nicht weiter dulden wollte. Und „doch weist die in Kressens Erläuterung des Archidiaconalwesens gedruckte Beilage S. 148 aus, daß das Gericht sich dem ohngeachtet noch 1592 darüber weggesetzet. Die Gerichts-

köhr hatte auf den Tod erkannt, aber Meister Hans mußte die Todesstrafe finden und einbringen." — Dreyer wollte wohl sagen, die Art der Todesstrafe. Das genannte Kressische Buch ist mir nicht bekannt, noch zugänglich und ich muß daher es Andern überlassen, den nähern Sachverhalt darin nachzusehen. Die Anführung Dreyers, daß der Nachrichter beim Gericht beständig gegenwärtig gewesen, habe ich in unzähligen gedruckten und ungedruckten Halsgerichtsordnungen, Nachrichterbestellungen u. s. w. bestätiget gefunden. Um die Zeit, da der mehr erwähnte Mißbrauch wohl am meisten im Schwange ging, waren bei den Malefizgerichten die Todesurtheile die gemeinsten, denn welche Verbrechen waren nicht mit dem Tode bedroht? Und daß ein so auf den Tod angeklagter Verbrecher auf Fürbitte hin oder aus andern Ursachen mit einer gelindern Strafe davonkam, bildete zusehr nur eine Ausnahme, als daß nicht der Scharfrichter auf jeden Malefizgerichtstag erscheinen und seines Dienstes gewärtig seyn mußte, da ja dem Spruche stets die Execution auf dem Fuße folgte. Noch jetzt findet sich der Scharfrichter bei allen Malefiztagen unserer demokratischen Kantone, sobald es sich um die Beurtheilung eines todeswürdigen Verbrechens handelt, regelmäßig ein, um ohne Verzug das vom großen Rathe gefällte Todesurtheil vollziehen zu können. Ob ihm nun in alten Zeiten da, wo er zugleich als Ankläger functioniren mußte, die Urtheilsverkündigung nicht überlassen wurde, weil die Vereinigung der Funktionen eines Anklägers, Urtheilers und Vollstreckers in seiner Person nicht gestattet werden konnte, wie Abegg l. c. XVI. S. 351 meint, muß ich in Ermanglung historischer Zeugnisse dahingestellt seyn lassen, aber ich kann nicht umhin, zu bezweifeln, daß man in jenen Zeiten sich darüber gar so viel Scrupel gemacht habe, zumal ja das Urtheilen des Scharfrichters überall weiter nicht gegangen seyn sollte, als die Todesart für den vom Gericht zum Tode Verurtheilten zu bestimmen. Gonzenbach.

Erklärung von Abegg.

Die kleine Differenz, die, wie Herr v. G. jetzt selbst zugiebt, durch Mißverständniß eines meiner Sätze veranlaßt worden war, mag um so mehr als gänzlich beigelegt angesehen werden, als es uns beiden nur um die Sache zu thun ist und ich wohl, ohne mich

auf meine sonstigen, immer möglichst objektiv gehaltenen Ausführungen und das allgemeine Zeugniß berufen zu müssen, von dem wohldenkenden (theilweisen) Gegner das Zugeständniß in Anspruch nehmen darf, die Grenzen pflichtmäßiger würdiger Vertheidigung nicht überschritten zu haben. Was den speciellen Punkt betrifft, der in vorstehendem Nachtrag des H. v. G. berührt ist, über die Lebensrettung einer zum Wasser verurtheilten Person, so findet sich eine Reihe theils Bestätigungen, theils entgegengesetzter Behandlungen angeführt in der Abhandlung von G. W. Böhmer „über die Wahl der Todesstrafe" im Archiv des Crim.-R. Bd. IV. S. 378., woselbst auch eine reiche Literatur angegeben ist, welche abzuschreiben für den Gegenstand meiner Ergänzungen nicht Bedürfniß ist. Ich hätte noch Manches beizubringen gehabt, und wiederhole, daß das Auslassen nicht als Uebersehen bezeichnet werden darf. Uebrigens sagt schon das Schwäb. Landrecht bei Laßberg Cap. 350. (Senkenb. Cap. 235) von dem Ertrinken mittelst des Bades: „man soll ihn in dem Wasser liegen lassen einen halben Tag, ist er dannoch nicht todt, so lasse man ihn länger drinne liegen." Dagegen und gegen andre Zeugnisse kann das, was Ochs Geschichte anführt, als locale Gewohnheit nicht mehr beweisen, als was wir schon wissen, daß es nicht überall gleich gehalten worden sei. Später ist man dem Mißbrauch und der Willkühr mit dem Ernste der Gerechtigkeit entgegengetreten, und die P.G.O. schöpft dieß nur, wenn sie gleich nicht Alles anführt, was sich dem fleißigen Sammler aus den ältern Quellen darbietet. Darüber, daß eine aus dem Wasser Gerettete — was Ochs unbegreiflich nennt — einen Mann fand, vergl. meine Geschichte des Brand. Preuß. Strafrechts S. 124. Zum Schlusse möge mir erlaubt seyn zu bemerken, daß, wenn Hr. v. G. sagt, es sei „uns beiden darin gleich schlimm gegangen, daß wir Dreyers Anmerkungen ꝛc. uns hätten entgehen lassen," dieß in Beziehung auf mich, wenigstens insofern nicht gegründet ist, als in meiner zweiten Abhandlung S. 328 Note mit genauer Anführung der Seitenzahlen auf Dreyer, obschon zunächst mit Rücksicht auf einen andern verwandten Punkt, verwiesen ist. Absolute Vollständigkeit der Nachweisungen von der Gerichtsbarkeit in deutschen Landen konnte hier weder zweck- noch erreichbar seyn.

IX.

Fragmente der ältesten bekannten Handschrift des Edictum Regis Rotharis

in der Bibliothek des ehemaligen Klosters St. Gallen.

Von

W. E. v. Gonzenbach.

Der Codex Nro. 730 der sogen. Stiftsbibliothek in St. Gallen enthält nach dem einstimmigen Urtheil der größten Sachkenner [1]) bekanntlich die älteste bis jetzt bekannt gewordene Handschrift des Edictum Regis Rotharis. Um die nachfolgende Nachricht von der glücklichen Entdeckung mehrerer bisher vermißter Bruchstücke dieses Rechtsbuches besser zu verstehen, wird eine auszugsweise wiederholte Beschreibung, welche schon vor mehr als 30 Jahren Pertz von diesem Codex geliefert hat [2]), nicht überflüssig erscheinen, zumal da die ältern Bände des Archivs wohl nicht allen Lesern unserer Zeitschrift, welche sich für den hier anzuzeigenden Fund interessiren dürften, gleich zur Hand seyn werden.

„Handschrift in St. Gallen Nro. 730 in 4. Die Wissenschaft verdankt die Rettung der schon lange Zeit zu Büchereinbänden verbrauchten Blätter dieser, wie so mancher anderer Handschriften, dem Jugendfleiße des Herrn von Arx. Die Quartform der Blätter

---

1) von Arx, Bluhme, Pertz, Hänel, Merkel u. A. sind darüber einig, daß dieselbe höchst wahrscheinlich schon im 7. Jahrhundert entstanden sei. S. Archiv d. Gesellschaft f. ältere deutsche Geschichtskunde. Bd. V. S. 226—229, 234 flg.; Bd. VII. S. 172 und 766. 67. Hänel, Catal. Cod. Ms. Merkel, die Geschichte des Langobardenrechts (Berlin 1850) S. 18. Anschütz, krit. Uebersch. IV, 2. S. 250 f.

2) Im cit. Archiv, Bd. V. l. c.

hat durch Beschneiden zu ihrer letzten Bestimmung etwas verloren, auch sind nicht alle Blätter erhalten, sondern wahrscheinlich gehört das von Schrader zu Zürich gesehene (Archiv Bd. IV. S. 371) ebenfalls dazu [3]. Der Band enthält nur Rotharis Edict und da dieses großentheils wieder hergestellt, von Grimoalds und Liutprands Gesetzen aber keine Spur erhalten ist, so darf man annehmen, daß beide oder doch die letzten (sehr zahlreichen) niemals damit verbunden waren. Im ersten Falle möchte man die Entstehung der Handschrift zwischen die Jahre 643 und 668, im letzten nach 668 und vor 713 setzen, welcher Annahme auch die Beschaffenheit der Schrift nicht widerspricht. Diese steht auf ziemlich feinem, mit dem Griffel linirten Pergament, zwanzig Zeilen die Seite und ist eine schöne Capital-Uncial ohne alle Trennung der Worte und Buchstaben. Die erste Zeile jedes Gesetzes ist roth, hingegen fehlt jede andere Rubrik derselben [4]; die Seiten hatten rothe Ueberschriften, welche aber jetzt fast bis auf jede Spur weggeschnitten sind, Custoden habe ich nicht bemerkt . . . . Eine genaue Angabe des Inhalts verdanken wir Herrn stud. theol. Karl Wegelin [5], welcher die Blätter mit der Ausgabe von Georgisch verglichen hat."

Hier folgt im Archive l. c. S. 229 ein aus der Vergleichung mit Georgischs Ausgabe gewonnenes genaues Verzeichniß der damals fehlenden Stücke der Handschrift. Die große Zahl dieser Mängel ward durch den Fund mehrerer Fragmente in Zürich vermindert (s. oben Note 3). Zwölf weitere, theils größere, theils kleinere Bruchstücke hat nun in neuester Zeit der jetzige gelehrte

---

3) In seinen späteren Berichten Archiv Bd. VII. S. 172 und 766 flg. spricht sich Pertz viel bestimmter über diese Zusammengehörigkeit aus und in der That wird dieselbe jedem Beschauer sofort klar und gewiß. An der letzten in dieser Note cit. Stelle bemerkt Pertz, welche Georgisch'sche Capitel auf diesen zu Zürich aufgefundenen zehn Blättern geschrieben stehen.

4) In diesem Punkte dürfte sich Pertz getäuscht haben. Einige eigentliche Rubriken oder Capitels-Namen kommen denn doch vor. Cf. unten sub 11.

5) Es ist dieß der leider kürzlich verstorbene Herr Stiftsarchivar Wegelin, ein Diplomatiker vom besten Schlage. Seine Vergleichung ist sicherlich durchaus zuverläßig.

Bibliothekar der St. Gallischen Stiftsbibliothek, Herr Dr. Henne, ebenfalls in den Einbänden anderer Codicum und zwar als Ueberzüge der innern Seiten der Deckel entdeckt und durch kunstgerechte Behandlung zum größten Theile lesbar gemacht. Ihre Zusammengehörigkeit mit den im Coder 730 schon früher vereinigten, ist über allen Zweifel erhaben und vollkommen festgestellt. Mit Herrn Dr. Hennes Einverständniß will ich hier den Inhalt derselben ebenfalls nach Georgischs Abdruck nachweisen:

1) 6 Zeilen, cp. xv. Gastaldius bis cp. xvi. foris inve dann von der untern Linie noch liaverit.

2) 3 Zeilen, cp. xvi non furtandi animo reddat spolia quas super eum inveniret amplius ei calumnia non generetur.

3) 6 Zeilen, Revers von 1. cp. xvii sumat. Tantum est bis redeundum facia. Von der folgenden Zeile sind nur die Köpfe der Buchstaben vorhanden.

4) 3 Zeilen, Revers von 2. cp. xviii (vindi) canda noni9 sold. sit culpabilis medietatem regi et medietatem cui iniuria inlata fuerit.

5) 11 Zeilen, cp. xix (ven) decanda sup. quem cumque bis octucenta sol. compon. Diese Stelle weicht von Georg. Lesart stark ab.

6) 11 Zeilen, Revers von 5. cp. xx sold. conp. regi et duci (Schluß des cp. xx). cp. xxi cp. xxii bis auf den Schluß der Zeilen vollständig. cp. xxiii. Si dux exercitalem molestaverit Gastal. . . . tiet quousque ver. Abweichung von Georgisch.

7) 20 Zeilen, Also ganzes folium, aus drei Längestreifen zusammengesetzt, oben und unten mit mehr als fingerbreitem Rande und nur zur Seite rechts mit Textbeschädigung beschnitten cp. clxii. remanserint partem tertiam mit bedeutenden Abweichungen von Georgisch bis cp. clxiii (hier im Manuscript aber cp. clxvi bezeichnet) regia succedat de anima autem . . .

8) 20 Zeilen, Revers von 7. Fortgesetzter Text des Vorigen illius homecidae bis Georgisch cp. clxiv (hier clxviii) filius legetimus sit.

9) 11 Zeilen, cp. CLXXVIII (im Msc. aber CLXXXI) von nuptias exequi bis sit in potestate puellae.

10) 11 Zeilen, Revers von 9. cp. CLXXIX von cum duodic. consacramenta . . bis mundare non potuerint.

11) 16 Zeilen, cp. CLXXX (p)eccato imminente et aegritudine sup veniente. cp. CLXXXI Rubrum: De nuptias. Dann Si pater filiam suam u. s. w. vollständig, mit bedeutenden Varianten. cp. CLXXXII (im Msc. CLXXXV) bis ambolandi liberum.

12) 16 Zeilen, jedoch eine ein wenig beschädigt. Revers von 11. cp. CLXXXII von quando ea (deutlich so) primus maritus bis parentes qui prius mit einigen Wortverstellungen. Das Wort morgene Gab ist ganz deutlich, phaderphium nicht so ganz.

Herr Dr. Henne, mit Recht voll Freude über seinen Fund, wird gelegentlich seine Nachforschungen fortsetzen, ohne indessen große Hoffnungen auf weitere Entdeckungen zu hegen. Herr Prof. Dr. Anschütz in Bonn, der die langobardischen Gesetze für die Monumenta recensirt, wird für eine genaue Abschrift der neu entdeckten Fragmente besorgt sein. —

X.

Beiträge zur Kenntniß der oberstrichterlichen Praxis in Bezug auf den Reichsdeputationshauptschluß vom Jahr 1803.

Von

Advokat **Bopp** in Darmstadt.

Bekanntlich ist der Reichsdeputationshauptschluß v. J. 1803 seiner Zeit zum Reichsgesetz erhoben und dessen fortwährende Gültigkeit im Artikel 15 der deutschen Bundesacte ausdrücklich anerkannt worden.

Auch ward dieses Reichsgesetz in vielen Rechtsstreiten von den Gerichten angewendet, und noch jetzt beschäftigt die Interpretation desselben zuweilen die Gerichte, während eine authentische Interpretation seit Auflösung des Reichs nicht mehr möglich ist (Klüber, öffentl. Recht §. 52), wie die neueste Rechtsliteratur bezeugt. Daher sei es gestattet, einige dieses Reichsgesetz berührende Rechtsfälle vorzuführen, welche an das oberste Gericht im Großherzogthum Hessen erwuchsen. Ein weiteres Erkenntniß desselben Gerichts vom 20. September 1848, betreffend eine Besitzklage in Bezug auf ein Kirchenamt, wobei der Art. 63 des Reichsdeputationsschluß zur Sprache kam, ist mitgetheilt im 8. Band des Seuffert'schen Archivs der Entscheidungen, Nro. 14.

1.

Klage des zu einer Präbende Präsentirten auf Zahlung einer Pension in Gemäßheit des Reichsdeputationshauptschlusses.

Im Oktober 1830 stellte der Freiherr v. Droste zu Vischering (der nachherige Erzbischof von Köln) eine Klage gegen den Groß-

herzoglich Hessischen Centralfiscus an, zu deren Begründung er vortrug: Im Jahr 1667 habe die Familie von Galen bei der Domkirche zu Worms eine erbliche Dompräbende gestiftet; sie habe laut Stiftungsbriefs 10,000 Reichsthaler an das Capitel in Worms als Stiftungskapital ausbezahlt, und dem Haupt der Familie sei dafür das Präsentations- und Nominationsrecht zur Domprädende für immer so zugesichert worden, daß das Capitel nur den so Präsentirten in den Besitz der vacanten Präbende einzuweisen und im Besitze zu schützen sich verbunden erachtet habe. Seine Einkünfte seien durch den Stiftungsbrief dahin geregelt worden, daß er nach seiner Investitur 200 Reichsthaler jährliche Einkünfte auch in Abwesenheit beziehen und nach der Emancipation in alle Rechte eines Wormser Domcapitularen und dessen Einkünfte einrücken solle. Zur Sicherheit der Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten habe das Domcapitel alle seine Güter, insbesondere die im Bisthum Worms gelegene, sub clausula ratae executionis et constituti possessorii zur Hypothek bestellt und eventuell sogar die Immission ertheilt. Im Jahr 1797 habe das Haupt der Familie v. Galen seinen Vetter, den Freiherrn Droste von Vischering, zur vacanten Präbende präsentirt. Obgleich das darüber ausgestellte Document in demselben Jahr dem zuletzt versammelten Generalcapitel mit dem Gesuche um Investitur vorgelegt worden sei, so habe sich diese doch verzögert; nachher sei das Domcapitel von der französischen Regierung supprimirt und von dem Reichsdeputationshauptschluß v. J. 1803 aufgehoben worden, so daß es nicht zur Investitur habe kommen können. Dieß könne aber dem Anspruch auf eine reichsschlußmäßige Pension nicht entgegenstehen, da dieselbe durch jene Präsentation begründet sei; dieser Anspruch sei nur bedingt durch das bereits existent gewordene Recht zum Genusse der Präbende (Näheres Eingehen in das Verständniß der Art. 53, 54 und 58 des Reichsgesetzes).

Kläger bat darum: den Beklagten zu verurtheilen, ihm eine reichsschlußmäßige Pension für Zukunft und Vergangenheit (von der Zeit an, da das hessische Gouvernement in den Besitz der zum Unterpfand bestellten Güter des säcularisirten Domstifts zu Worms getreten) zu reichen.

Das Gericht erster Instanz, Großherzgl. Hofgericht in Darmstadt, wies die Klage a limine ab, und als sich der Kläger mit

Beschwerde an das oberste Gericht wendete, ward diese verworfen, und zwar aus den Gründen, womit Großh. Hofgericht seine Verfügung (vom 22 November 1830) motivirte. Diese Begründung ist wesentlich die: Die Klage werde principaliter auf den Reichsdeputationshauptschluß gestützt. Dieser, welcher den Domcapitularen, Dignitarien und Kanonicis der Ritterstifter 9/10 ihrer ganzen bisherigen Einkünfte, den Domicellaren da, wo sie wirklich schon einigen Genuß ihrer Präbenden bezogen haben, und selbst Capitularen und Domicellaren der Dom-, Ritter- und Mediatstifter, welche erst nach Ablauf der Carenzjahre zum Genusse kommen, sobald sie nur in dem wirklichen Besitze ihrer Präbenden sind, gewisse Substentationsrechte zusichern, könne nur von denen verstanden werden, welche Domcapitulare, Dignitarien, Canonici, Domicellaren, und also im wirklichen Besitze ihrer Präbenden (des Kirchenamts) seien oder gewesen wären [1]), wie dieß sogar in Beziehung auf jene v. Galen'sche Stiftung aus dem §. 251 der Protokolle der außerordentlichen Reichs-Subdeleg. Commiss. erhelle; Kläger habe aber nach eigner Angabe die Pfründe noch nicht durch Installation erworben gehabt; folglich sei er weder Capitular, noch Domicellar gewesen, und könne so aus dem Reichsgesetze nichts für sich herleiten. Wenn, wie es scheine, die Klage auch auf den Umstand gestützt werde, daß die Familie v. Galen von dem Domcapitel titulo oneroso einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines jährlichen Einkommens von mindestens 200 Reichsthalern erworben und daher diese Leistung aus Vertrag zu fordern berechtigt sei, so würde, wenn man auch die Richtigkeit des in dem Klaglibell vorgetragenen und zugleich der daraus abgeleiteten Rechtsfolge, daß die moralische Person, genannt Domcapitel zu Worms, schuldig gewesen wäre, dem Kläger jene Kirchenpfründe, oder wenigstens das bedungene Annuum zu gewähren, anerkennen wolle, daraus wohl folgen, daß, nachdem das Domcapitel aufgelöst worden, jene vertragsmäßige Verbindlichkeit auf die physische oder moralische Person übergegangen sei, welche universelle Nachfolgerin des Domcapitels geworden; nun sei aber vom Kläger nicht nur nicht behauptet worden, daß der Gr. Fiscus dieser Nachfolger sei, sondern dieses sei auch geschichtlich notorisch nicht der Fall, indem nur einzelne Parcellen des Bisthums

1) Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts, §. 245.

dem Hessischen Staate einverleibt worden wären; sonach sei eine Klage aus Vertrag gegen den Staatsfiscus, weder von Seiten der Familie v. Galen oder ihres Hauptes, noch des Klägers nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen statthaft. Auch ein besonderer Rechtsgrund, aus dem der Großherzogliche Staat als Inhaber einiger Gebiets- und Vermögenstheile des ehemaligen bischöflich Wormsischen Staats verbunden seyn sollte, die von dem ehemaligen Domcapitel übernommenen vertragsmäßigen Verbindlichkeiten zu prästiren, sei nirgends, auch nicht in dem Reichsdeputationshauptschluße, aufzufinden, und wenn im §. 77 ff. desselben ausgesprochen sei, daß der neue Erwerber einer für eine Schuld verpfändeten Parzelle nach dem bezeichneten Maßstabe die Schuld zu übernehmen habe, in welcher Hinsicht Kläger Gewicht auf den Umstand lege, daß das Domcapitel zur Sicherstellung der Fundation seine sämmtlichen Güter zur Hypothek bestellt habe, so könnten dieser Umstand und jene Paragraphen des Reichsgesetzes doch darum nicht angerufen werden, weil diese Paragraphen, wie bereits durch die Rechtssprechung, auch des obersten Gerichts, festgestellt sei, auf solche Verpflichtungen und Schulden zu beschränken seien, welche von der Forteristenz des Domcapitels oder dessen Aufhebung unabhängig gewesen, und das Pfandverhältniß nur dann wirksam werden könnte, wenn das Domcapitel auf eine es zum Schadenersatze verpflichtende Weise seine Verbindlichkeit unerfüllt gelassen habe; diese Thatsache sei aber in dem Klaglibell nicht behauptet worden; vielmehr sei darin des Gegentheiles gedacht.

Im Januar 1833 stellte Freiherr v. Droste eine neue Klage gegen den Gr. Hess. Centralfiscus an. Hervorhebend, daß das Domcapitel die Investitur so lange verzögert habe, bis die politischen Veränderungen herangekommen wären, und durch den Reichsdeputationshauptschluß dem damaligen Landgrafen „die Reste des Bißthums Worms", d. h. die auf der rechten Seite des Rheins gelegenen Theile desselben zugefallen seien, machte Kläger geltend: von dem Pfandnexus seien diese Gebietstheile fortwährend ergriffen, so daß er alle Ansprüche, welche ihm wider das Domcapitel zugestanden, auch wider den Besitzer der Pfründen, sonach auch gegen den Großherzoglichen Staatsfiscus verfolgen könne.

Auch diese Klage wurde von dem Hofgericht a limine abgewiesen, „in Erwägung, daß 1) sich Kläger nicht legitimirt hat, und

zwar a) weder als designirter und präsentirter Präbendarius in Gemäßheit der Bestimmungen der von ihm selbst beigebrachten Stiftungsurkunde, b) noch auch als berechtigt, die von dem Stifter sich und seinen Erben stipulirten dinglichen Rechte geltend zu machen, welche Befugniß aus der bloßen Eigenschaft eines Präbendarius um so weniger zu folgern ist, da Kläger selbst angibt, daß er noch gar nicht mit der Präbende investirt, mithin nicht in dem Besitze derselben gewesen sei; 2) Kläger, wenn man unterstellen wollte, daß es sich von einer von der Forterxistenz des Domcapitels oder dessen Aufhebung unabhängigen Forderung und Schuld handle, die Bestimmungen des §. 78 des Reichsdeputationshauptschlusses nicht für sich anrufen könnte, weil er nicht behauptet, daß die factischen Unterstellungen, durch welche die Anwendbarkeit jener Bestimmungen bedingt ist, in Beziehung auf ihn vorhanden seien, jene Unterstellung aber auch gar nicht gemacht werden kann, weil es sich von einem Anspruch handelt, dessen Gegenstand untergegangen ist mit der Existenz des Domcapitels selbst; 3) Kläger ebenso wenig die §§. 72, 75 in fine und 76 des Reichsdeputationshauptschlusses für sich anrufen kann, weil auch in dieser Beziehung die nothwendigen Voraussetzungen in facto fehlen."

Gegen diese Verfügung des Hofgerichts vom 15. September 1832 und einen weiteren Erlaß desselben vom 2. November, worin namentlich hervorgehoben wurde, daß „das Pfandrecht seiner accessorischen Natur nach bedingt" sei „durch die rechtliche Existenz einer Hauptforderung, an der es in concreto" fehle, erhob Kläger Beschwerden bei dem obersten Gericht, welcher dieselben „unter Berücksichtigung der unter Nro. 1—3 der Hofgerichtlichen Verfügung angegebenen Entscheidungsgründen als nicht begründet" verwarf.

Verfügungen des Oberappellationsgerichts in Darmstadt vom 22. November 1830, resp. 19. April 1833.

2.

Ueber die Frage, ob der im §. 37 des Reichsdeputationshauptschlusses enthaltene Ausdruck: „Güter" auch die Mobilien umfasse?

Nachdem die Domkirche zu Köln die Eigenthumsklage gegen den Großherzoglich Hessischen Centralfiscus auf Herausgabe von

Manuscripten und Büchern, welche der Hofbibliothek in Darmstadt einverleibt worden waren [2]), angestellt und hierüber bis zum Schlusse verhandelt worden war, erließ das Hofgericht daselbst unterm 12. Juli 1850 ein Interlocut, welches beiden Theilen Beweis auferlegte. Der Beklagte ergriff Berufung an das oberste Gericht, indem er als erste Beschwerde bezeichnete:

> daß nicht Klägerin, auf den Grund des daraus abgeleiteten Einwandes, daß die fraglichen Manuscripte &c. nach Maßgabe des Reichsdeputationshauptschlusses dem Großherzog von Hessen als Inhaber des Herzogthums Westphalen verfallen seien, mit ihren Ansprüchen abgewiesen worden sei.

Nachdem Referent über diese Berufung in zwei Sitzungen Vortrag erstattet hatte, erachtete die Mehrheit der Votanten diese Beschwerde als begründet, weil der im §. 37 dieses Reichsgesetzes:

> Die auf der einen Rheinseite befindlichen Güter und Einkünfte, welche Spitälern, Fabriken, Universitäten, Collegien und andern frommen Stiftungen, wie auch Gemeinden der andern Rheinseite gehörten, bleiben davon getrennt, und der Disposition der resp. Regierungen überlassen, d. h. so viel die rechte Rheinseite betrifft, der Regierung derjenigen Orte, wo sie liegen oder erhoben werden."

enthaltene Ausdruck: „Güter" in seiner allgemeinen, den Worten „biens, bona" entsprechenden Bedeutung sowohl die Immobilien als die Mobilien umfasse [3]), allgemeine Ausdrücke aber so lange in ihrer allgemeinen Bedeutung genommen werden müßten, als nicht die Absicht erhelle, daß sie einen engeren Sinn in sich tragen sollten; es gebreche nicht nur an einem zureichenden Grunde zur Stütze der Annahme, daß sich des Ausdruckes: „Güter" in dem

---

2) Ueber das Geschichtliche s. den 9. Band des Seuffert'schen Archivs der Entscheidungen, Nr. 38, S. 52: Begründung der actio ad exhibendum in Bezug auf die Bezeichnung des zu Exhibirenden. Diese Klage war der Eigenthumsklage vorangegangen, durch welche Bücher und Manuscripte, welche im J. 1794 nach dem durch den Reichsdeputationshauptschluß v. J. 1803 dem Landgrafen von Hessen-Darmstadt zugefallenen Herzogthum Westphalen geflüchtet worden waren, vindicirt wurden.

3) Referent und Correferent waren der Ansicht, daß unter dem Ausdruck: „Güter" nur Immobilien zu verstehen seien.

§. 37 in der Einschränkung auf Immobilien habe bedient werden wollen; ein solcher Grund könne namentlich nicht aus den Worten: „wo sie liegen" — „situés" abgeleitet werden, indem sich derselben, zumal mit Rücksicht auf den vorhergegangenen Gebrauch des allgemeinen, Immobilien und Mobilien umfassenden Ausdrucks: „Güter" sehr wohl auch in Bezug auf Mobilien habe bedient werden können, sondern auch aus den in dem Gutachten des Referenten zusammengestellten Verhandlungen des Congresses zu Rastatt hervorgehe, man habe sich damals darüber vereinbart, daß das gesammte auf der rechten Rheinseite befindliche Vermögen der auf dem linken Rheinufer bestandenen Anstalten der in jenem §. 37 erwähnten Art ohne Ausnahme und Unterscheidung denjenigen Fürsten, in deren Gebieten sie sich befänden, verbleiben sollte [4]), jene Verhandlungen aber, wenn sie auch unterbrochen worden seien und zu einem Ergebnisse nicht geführt hätten, doch bezüglich derjenigen Punkte, über welche man sich vereinbart habe, als die Grundlage der denselben correspondirenden Bestimmungen des Reichsgesetzes bildend um so mehr angesehen werden müßten, als hierauf sowohl in dem Lüneviller Frieden, als auch in diesem Reichsgesetze selbst hingewiesen sei und folglich auch jener §. 37 im Sinne der bezüglich seines Gegenstandes auf dem Congresse zu Rastatt getroffenen Vereinbarung aufgefaßt und gedeutet werden müsse.

Das Tribunal beschloß, hinsichtlich jener ersten Beschwerde die vollen Appellationsprozesse zu erkennen. Nachdem so die Klägerin gehört worden, erkannte es dahin, daß das hofgerichtliche Urtheil aufzuheben und die Klägerin auf den Grund des daraus abgeleite-

4) Die Untersuchungen des Referenten hatten ihn zu diesem Ergebnisse geführt: er hatte aber zugleich auszuführen gesucht, daß die Verhandlungen des Congresses nicht dazu benützt werden könnten, um jenen Art. 37 in dem Sinne auszulegen, in welchem ihn der Fiscal ausgelegt wissen wolle; jenen Verhandlungen, die abgebrochen worden seien, daher nur als Traktate anzusehen wären, mangle die rechtsverbindende Kraft; jenes Reichsgesetz habe dieser Verhandlungen keine Erwähnung gethan, was auch von den demselben vorausgegangenen Verhandlungen gelte 2c. So fehle es an einem Anhalt dafür, die Absicht derer, welche zu dem Reichsgesetz mitgewirkt hätten, sei dahin gerichtet gewesen, daß unter jenem Ausdrucke auch bewegliches Gut zu verstehen sei.

ten Einwandes, daß die fraglichen Manuscripte und Bücher nach Maßgabe des Reichsdeputationshauptschlusses dem Großherzog von Hessen, als Inhaber des Herzogthums Westphalen, angefallen seien, mit ihrer Klage abzuweisen sei. Dieses Urtheil wurde dictirt durch Festhaltung der früher gewonnenen Ansicht, welche durch die Ausführungen der Klägerin in dieser Instanz nicht alterirt wurde. In Betracht gezogen wurde auch die Schrift von Roth: Abhandlungen aus dem deutschen Staats- und Völkerrecht verschiedener praktischen Gegenstände und wirklicher Fälle zur Erläuterung der Traktate des Rastatter Friedenscongresses 1797 und 1798 und des Lüneviller Friedens 1801. Bamb. 1804. Der Verfasser suchte dort auszuführen, jener §. 37 sei auch auf die zur Zeit der Aufrichtung des Reichsgesetzes auf der rechten Seite des Rheins befindlichen Mobilien jener Anstalten anzuwenden.

Erk. des O.A.G. in Darmstadt vom 6. October 1852.

3.
Die Bedeutung des §. 45 des Reichsdeputations-Hauptschlusses.

Dieser §. 45 lautet:

> Ferner sind diejenigen Ansprüche als vernichtet zu betrachten, welche an die für auf der linken Rheinseite verlorne Besitzungen auf der rechten Rheinseite gegebenen Entschädigungslande gemacht werden könnten, sofern sie nicht innerhalb eines Jahrs vom 1. December 1802 an gerechnet, angebracht und gütlich oder gerichtlich erledigt seyn werden.

Der vorhin gedachten Eigenthumsklage der Domkirche zu Köln gegen den Centralfiscus setzte dieser auf Grund dieses §. 45 die Einrede der erlöschenden Verjährung entgegen, da das geltend gemachte Recht durch Ablauf jenes Jahrs erloschen sei. Diese Einrede wurde auch vom obersten Gericht verworfen. Nach dem §. 37 des Reichsgesetzes sollten den darin genannten Corporationen u. s. w. der linken Rheinseite ihre Güter auf der rechten Seite des Stroms unbedingt entzogen und den entschädigten Fürsten, in deren Landen sie sich befänden, zugewiesen seien. Der §. 45 beziehe sich daher nur auf Ansprüche Dritter. Abgesehen davon, ergebe der Wortlaut, daß nur von Geltendmachung solcher Ansprüche die Rede sei,

welche an die zur Entschädigung für die durch die Abtretung des linken Rheinufers entstandenen Verluste zugewiesenen Länder, an die Entschädigungslande gemacht werden könnten. Zum Ueberflusse zeigten dieses auch die Verhandlungen der außerordentlichen Reichsdeputation nach.

v. Hoff: Das deutsche Reich vor der französischen Revolution und nach dem Lüneviller Frieden, Th. 2. S. 281 ff.

Erk. des O.A.G. vom 21. Januar 1852.

XI.

Ueber die Quellen des Solmser Landrechts.

Von

Prof. Dr. C. Fuchs zu Marburg.

Unter den Landesgesetzen, welche im 16. Jahrhunderte auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts erlassen wurden, ist die Solmser Gerichts- und Landordnung eines der bedeutenderen. Dieselbe ist von dem Frankfurter Syndikus Dr. J. Fichard im Auftrage des Grafen zu Solms-Braunfels, der damals zugleich das Amt eines Vormunds über die minderjährigen Grafen zu Solms-Laubach bekleidete, sowie der Grafen zu Solms-Lich im Jahr 1570 ausgearbeitet und nach einer im folgenden Jahre vorgenommenen Revision durch Verordnung vom 4. April 1571 in den Grafschaften und Herrschaften des Gesammthauses Solms publicirt, und nachher auch in andern benachbarten Ländern — theils auf dem Wege der Gesetzgebung, theils durch Anwendung Seitens der Gerichte — recipirt worden [1]).

Die Arbeit Fichard's hat, namentlich in Hinsicht der Berücksichtigung des germanischen Rechts, die verschiedensten Beurtheilungen erfahren, ohne daß man hierbei die Frage näher in's Auge gefaßt und einer eingehenden Untersuchung unterworfen hat, inwieweit derselbe bei Abfassung jenes Landrechts selbstständig gearbeitet oder Vorhandenes benutzt hat. Dieß ist nicht blos für die Würdigung seines Verdienstes, sondern mehr noch für die Interpretation des Landrechtes selbst von Bedeutung.

---

1) Vergl. Bopp, Beiträge zum Verständnisse der vier mittelrheinischen Landrechte S. 2—6. 194—196 und die daselbst Citirten, denen aus neuester Zeit Roth und v. Meibom, Kurhessisches Privatrecht I. §. 23. 41 beizufügen sind.

Zu einer erschöpfenden Beantwortung jener Frage genügte es nicht, die Solmser Gerichts- und Landordnung mit andern ihr vorausgegangenen Landrechten u. s. w. zu vergleichen, sondern es waren auch Nachforschungen in den standesherrlichen Archiven zu Braunfels, Laubach und Lich nöthig, welche auf mein Nachsuchen mit dankenswerther Bereitwilligkeit angestellt worden sind. Wenn es nun gleich nicht geglückt ist, die Quellen ausfindig zu machen, aus denen Fichard die Landbräuche geschöpft hat, so hoffe ich doch dieß erreicht zu haben, daß sich nunmehr ziemlich vollständig bestimmen läßt, was einheimische Satzung oder Gewohnheit und was dagegen in jenes Landrecht von außenher, woher und mit welchen Modificationen es recipirt ist. In diesen für die Geschichte der Gesetzgebung des 16. Jahrhunderts nicht unwichtigen Nachweisungen sollte zugleich eine Vorarbeit zu einer noch immer fehlenden Bearbeitung des Solmser Landrechts geliefert werden.

Ehe ich die einzelnen Quellen aufzähle, aus denen Fichard geschöpft, ist es nöthig, Einiges über den Zweck vorauszuschicken, welcher durch die neue Gerichts- und Landordnung erreicht werden sollte, indem sich hieraus zum großen Theil die Auswahl jener Quellen erklärt.

Durch die Einführung des römischen Rechts und dessen Sieg über das einheimische Recht, welcher im 16. Jahrhundert in den meisten Ländern sich entschieden hatte, waren große Mißstände hervorgetreten. Einmal war jener Sieg nicht so vollständig, daß nicht manche Rechtsgewohnheiten auf dem Gebiete des Proceß- und Civilrechts, mit welchen wir es hier allein zu thun haben, sich erhalten hätten. Manche derselben wurzelten so tief im Rechtsbewußtseyn des Volkes oder empfahlen sich so sehr durch Billigkeit und Zweckmäßigkeit, daß ihre Ausrottung einer verständigen Gesetzgebung weder thunlich noch angemessen erscheinen konnte, allein sie waren theils ihrem Inhalte nach bestritten und zweifelhaft, theils nicht in allen Gerichten desselben Territoriums übereinstimmend. Weiter war auch das recipirte fremde Recht in vielen Punkten controvers. Der schlimmste Mißstand jedoch war ohne Zweifel der, daß dieß Recht den Recht suchenden wie den Recht sprechenden Personen gleich unbekannt wär. Alles dieß mußte zu einer beklagenswerthen Rechtsunsicherheit führen, deren schlimme Wirkung dann recht deutlich hervortrat, wenn ein Rechtsstreit auf dem Wege

der Appellation an die mit gelehrten, dem römischen Rechte vorwiegend zugeneigten Richtern besetzten Hofgerichte oder an das Reichskammergericht gelangte.

Pflicht und Aufgabe der Gesetzgebung mußte es deßhalb seyn, dasjenige, was von einheimischen Rechtsgewohnheiten und Gerichtsgebräuchen nicht als „alter Mißbrauch" und „böse Gewohnheit" untersagt werden, sondern fortbestehen sollte, zu gleichmäßiger Beobachtung festzustellen und die Hauptvorschriften des nunmehr gültigen fremden Proceß- und Civilrechts gemeinverständlich darzustellen.

Dieser Zweck mit seinen Motiven ist bald mehr bald minder deutlich und ausführlich in den Einführungsverordnungen der meisten zu Ende des 15. Jahrhunderts und im 16. Jahrhunderte erlassenen Gerichtsordnungen ausgesprochen und aus diesen selbst ersichtlich.

Insbesondere tritt der didaktische Zweck der Gerichtsordnungen überall in den Vordergrund. Dieselben sind fast ihrem gesammten Inhalte nach nichts weiter als mit Gesetzeskraft ausgestattete Compendien des gemeinen Proceßrechts. Wegen dieser ihrer doppelten Eigenschaft haben sie auch den Uebergang des processualischen Verfahrens, wie es in der italienischen Doctrin und Praxis sich gestaltet hatte, in die deutsche Gerichtspraxis rascher und wirksamer vermittelt als die rein theoretischen Werke ihrer Zeit und sie sind deßhalb für die Entwicklungsgeschichte des Proceßrechts von einer Bedeutung, welche mir noch nicht in ihrem vollen Maße anerkannt zu seyn scheint.

Da sie im Wesentlichen nur das Verfahren in seiner eben bezeichneten Gestaltung darstellen wollen, so stehen sie auch zu den wissenschaftlichen Werken der damaligen Zeit in der engsten Beziehung, indem gegenseitig aus einander geschöpft wurde. So enthält z. B. Justin Gobler's „gerichtlicher Proceß" Seiten lange, wortgetreue Auszüge aus der Mainzer Untergerichtsordnung von 1534 in der Lehre von der Urtheilsvollstreckung und aus der Wormser Reformation von 1498 bei der Darstellung des Appellationsverfahrens.

Wie das dem ersten Theil des Solmser Landrechts vorangeschickte Einführungsgesetz und die Vorrede des zweiten Theils ergibt, waren auch in den Solmser Territorien die oben geschilderten Uebelstände eingetreten und erheischten in gleicher Weise eine Abhülfe. Der Zweck des nöthig gewordenen Gesetzes ist ganz der nämliche,

und insbesondere ist es auf Belehrung der Rechtsunkundigen über das gerichtliche Verfahren und die wichtigsten im täglichen Leben zur Anwendung kommenden Vorschriften des bürgerlichen Rechts abgesehen.

Wie es Fichard an verschiedenen Stellen seines Werkes [2]) geradezu ausgesprochen hat, daß die Gerichte, die „ungelehrten, einfeltigen" Fürsprechen und Prokuratoren und der gemeine Mann „auff das einfeltigst und verstentlichst" unterrichtet werden sollen, so erhellt dieser Zweck aus der ganzen Fassung und Behandlung des Stoffes. Auch seine Arbeit trägt den Charakter eines gemeinverständlich geschriebenen Compendiums an sich. Charakteristisch hierfür wie für die Particulargesetzgebung der damaligen Zeit ist das Vorwort des Druckers Johannes Wolff „an den Leser", worin er rühmt, daß diese Gerichts- und Landordnung nicht blos in den Solmser Landen und der ganzen Wetterau, sondern auch „fast in alle andere undergerichte dienstlich und breuchlich sein können."

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage, wie Fichard den ihm vorliegenden Rechtsstoff begrenzt und bearbeitet hat.

Vor Allem war es nöthig, das gerichtliche Verfahren in erster und zweiter Instanz so vollständig darzustellen, daß Wesentliches und in der Gerichtspraxis häufig Vorkommendes nicht übergangen wurde. Auf dem Gebiete des Privatrechts dagegen war, da die Abfassung eines das gesammte Gebiet des Civilrechts umfassenden Gesetzbuchs von den Auftraggebern Fichard's nicht beabsichtigt, auch mit allzuviel Schwierigkeiten verknüpft war, wenigstens dem dringendsten Bedürfniß genügt, wenn die im täglichen Leben am häufigsten vorkommenden Rechtsverhältnisse, deren Verständniß auch deßhalb für den Rechtsunkundigen am meisten geboten war, die „fürnembsten hendel" auseinander gesetzt und an passender Stelle diejenigen Landbräuche, deren Fortbestand man für nothwendig oder zweckmäßig erachtete, in klarer Feststellung eingereiht wurden.

Fichard folgte in der Begrenzung des Stoffes im Wesentlichen dem von ihm auch bei der Ausarbeitung stark benutzten, revidirten Würtemberger Landrechte von 1567. Dieß handelt im ersten Theile vom gerichtlichen Proceß, im zweiten von Contrakten und Handtierungen, im dritten von Testamenten und letzten Willen und im vierten von Erbschaften ohne Testament.

---

2) Vergl. I, 14. §. 2; 17. §. 16; 27. §. 4. II, 19. §. 4; 23. §. 1.

Was nun die Bearbeitung des Stoffes selbst anlangt, so verfuhr Fichard hierbei nur in wenigen Lehren selbstständig, er wählte vielmehr für den bei weitem größten Theil seines Werkes den bequemeren, indessen — was zu seiner Rechtfertigung hervorgehoben werden muß — damals bei Abfassung derartiger Gesetze üblichen Weg, aus andern Gerichts- und Landesordnungen zu kompiliren.

Dieß sowie das dabei beobachtete Verfahren ist jetzt im Näheren darzulegen.

Das Solmser Landrecht zerfällt in zwei Theile, von welchen der erste den gerichtlichen Proceß, der zweite die Landrechte enthält.

Von den Quellen beider Theile soll abgesondert gehandelt werden.

Erster Theil.

Vom gerichtlichen Proceß.

Dieser Theil enthält 40 Titel und als Anhang 25 Klag- und Urtheilsformulare zur Unterweisung der Schöffen und des gemeinen Mannes.

Im 16. Jahrhunderte war — außer in den Ländern sächsischen Rechts — besonders unter dem Einflusse der Kammergerichtsordnungen das gerichtliche Verfahren eingeführt worden, wie es in Italien Doktrin und Praxis aus dem geschriebenen römischen und canonischen Rechte und aus den germanischen Rechtsgewohnheiten gestaltet hatte.

Daß dabei im Einzelnen mancherlei Modificationen, namentlich was die Gerichtsverfassung anlangt, eintraten, liegt in der Natur der Sache. Ebenso mußte in den einzelnen Territorien jenes Verfahren als das gemeinrechtliche an der allgemeinen Fortentwicklung, bei welcher Doktrin und Reichsgesetze thätig waren, Antheil nehmen.

Alles dieß gilt auch für die Solmser Lande. Fichard mußte deßhalb für seine Darstellung des gültigen Gerichtsverfahrens Gerichtsordnungen solcher Territorien zu Grunde legen, in welchen der gemeinrechtliche Proceß in gleicher Weise Eingang gefunden hatte. Daß er dabei insbesondere auf Gerichtsordnungen benachbarter Länder und diejenigen, welche aus jenen geschöpft hatten, Bedacht nahm, mußte ihm gleichfalls nahe liegen.

Es geschah dieß auch. Die Art und Weise der Benutzung an-

langend, legte Fichard seiner Arbeit unter den mehreren, von ihm ausgewählten Gerichtsordnungen hauptsächlich zwei, die Mainzer Untergerichtsordnung und den ersten Theil des Würtemberger Landrechts, zu Grunde. Für die meisten Titel benutzte er bald die eine oder andere, bald beide zugleich, indem er im Einzelnen aus den übrigen ergänzte.

Seine eigene Thätigkeit beschränkte sich meist auf mehr oder minder bedeutende Aenderungen in der Form des Ausdrucks und auf eine theilweise von jenen beiden Gerichtsordnungen abweichende, angemessenere Anordnung des Stoffes, sowie auf Einfügung einiger auf Gesetz oder Gerichtsgebrauch beruhender particularer Bestimmungen [3]).

Hier und da verfuhr Fichard bei seiner Kompilation etwas unbedacht. So ist z. B. in Tit. 9 §. 1 die Gebühr des Büttels für die Citation im nämlichen Orte auf vier Pfennige, dagegen in der Taxordnung (Tit. 36 §. 1) auf drei Pfennige bestimmt. Diese Abweichung erklärt sich daraus, daß die erstere Bestimmung aus der Nassauer Gerichtsordnung von 1498 Tit. 4 pr. entnommen ist, während Fichard bei Aufstellung der Taxordnung sicherlich die bei den Solmser Gerichten üblichen Gebühren beibehalten und aufgenommen hat. Diese Taxordnung ist, wie eine Vergleichung mit dem Würtemberger Landrecht p. XXXIX flg. CXIX flg. ergibt, in ihren Anfangs- und Schlußbestimmungen (Tit. 36 §. 1—11. 19—20) nach deren Vorbilde angefertigt, nur daß die Gebührenansätze andere sind. Daraus erklärt sich auch die Ueberschrift des §. 2 „Stadtschreibers Belohnung", wie der Aktuar in jenem Landrechte fast durchgängig genannt wird, während das Solmser Landrecht ihn an andern Stellen Gerichtsschreiber nennt [4]).

Die von Fichard benützten Gerichtsordnungen sind nun in chronologischer Ordnung folgende:

1) Die Gerichtsordnung der Grafschaften Nassau, Sarbrücken, Wiesbaden und Itzstein von 1498 [5]).

3) z. B. Tit. 11 §. 1.; 37 §. 8, 10, 13.

4) In Theil II. Titel 23 §. 11 und 12 heißt er Stadt- (Dorf-) oder Gerichtsschreiber, aber auch diese Stellen sind aus dem Würtemberger Landrechte entnommen, worin er sich als „Statt oder Dorffsschreiber" bezeichnet findet.

5) Abgedruckt bei Saurius fasc. iud. ord. 8 p. 119 sq.

Diese von den Grafen Wilhelm, Ludwig und Philipp erlassene und aus 12 Titeln bestehende Gerichtsordnung ist von Fichard benutzt in

Titel 1 §. 2; 5 §. 3—6; 7; 9 §. 1—2; 10 §. 3; 12 §. 2; 13 §. 1, 5, 7, 10—11; 14 §. 2—8, 10; 15 §. 1—3; 16 §. 1; 22 §. 1—2; 27 §. 5—9, 13, 15—16; 30 §. 1—2, 6; 32 §. 1, 4; 38 §. 1—2, 7, 8; 39.

2) Die Untergerichtsordnung des Erzstifts Mainz von 1534.

Sie ist die Hauptquelle und aus ihr sind entnommen:

Titel 1 §. 1; 2; 4 §. 1—2; 5 §. 1; 9 §. 1; 11 §. 1, 2, 4, 5—8; 12 §. 3—5; 13 §. 1—9; 14 §. 12; 16 §. 1—3; 17 §. 7—8, 12, 13, 16, 18; 18; 19 §. 1—3; 20 §. 1—3; 21 §. 1—5; 22 §. 3—4, 10; 23 §. 1—3, 5, 8, 11; 24 §. 1; 25 §. 3; 27 §. 1—3, 17—18; 28 §. 1—6; 29 §. 1—2; 30 §. 1—2; 32 §. 3, 5; 34 §. 1—3; 35 §. 1, 7; 37 §. 1—5, 7, 9, 11—12.

3) Die Gerichtsordnung des Erzstifts Cöln von 1538.

Diese stimmt in den meisten Bestimmungen [6]) beinahe wörtlich mit der Mainzer Gerichtsordnung überein. Abgesehen von einzelnen Redaktionsänderungen und Zusätzen besteht die Abweichung hauptsächlich darin, daß mehrfach „alte Mißbräuche" der Westphälischen Gerichte mißfällig hervorgehoben und „gänzlich abgethan" werden, sowie darin, daß in der Cölner Gerichtsordnung das Appellationsverfahren ausführlich dargestellt ist, während die Mainzer Untergerichtsordnung vom Verfahren in zweiter Instanz schweigt, offenbar deßhalb, weil hierfür die auch ausdrücklich in Bezug genommene Hofgerichtsordnung von 1516 maßgebend seyn sollte.

Daß Fichard trotz jener Uebereinstimmung beider Gerichtsordnungen die Cölner auch neben der Mainzer benutzt hat, ergibt sich theils aus der Aufnahme mancher in jener sich findenden Zusätze, theils namentlich daraus, daß er einzelne Klag- und Urtheilsformulare mittheilt, welche in der Cölner Gerichtsordnung enthalten sind, in der Mainzer dagegen fehlen.

---

6) In der Cölner Gerichtsordnung ist namentlich noch die Competenz der verschiedenen Gerichte bestimmt, worüber die Mainzer U.G.O. nichts enthält.

Benutzt ist jene in

Tit. 25 §. 1—2; 26 §. 1; 27 §. 1; 38 §. 3—6, 9.

4) Die Untergerichtsordnung des Erzstifts Trier von 1539.

Dieser Gerichtsordnung, welche ebenfalls, obwohl viel selbstständiger als die Cölner, aus der Mainzer geschöpft hat, ist entnommen:

Tit. 27 §. 12; 31 §. 1—2; 32 §. 1; 33 §. 1—3.

5) Das Würtemberger Landrecht von 1555, revidirt 1567.

Bei der Abfassung seines ersten Theils, der den gerichtlichen Proceß enthält, ist offenbar vielfach die Mainzer Untergerichtsordnung oder eine dieser nachgebildete benutzt worden. Die Verfasser haben jedoch hierbei mit viel größerer Selbstständigkeit als Fichard verfahren.

Dieß Landrecht ist nach der Mainzer Gerichtsordnung die am stärksten benutzte Quelle.

Aus ihm sind entnommen:

Tit. 1 §. 1, 2, 3; 6 §. 1—2; 8 §. 1—9; 11 §. 3; 12 §. 1; 15 §. 4; 16 §. 2; 17 §. 1—6, 9—11; 18; 19 §. 1—3; 22 §. 3, 4, 7—9, 10—11, 14, 15; 23 §. 11—12; 24 §. 2; 26 §. 5—7; 27 §. 5—11, 14—15; 30 §. 3—5, 7; 32 §. 1—2, 4; 34 §. 4; 35 §. 1, 8; 36 §. 18—19; 37 §. 6, 9.

6) Die Nürnberger Reformation von 1564.

Wie wir unten sehen werden, hat Fichard im zweiten Theile des Solmser Landrechts auch dieß Stadtrecht benutzt.

Im ersten Theil scheint dieß nur der Fall gewesen zu seyn zu Tit. 23 §. 9—10.

Die Klag- und Urtheilsformulare sind wörtlich aus der Mainzer und Cölner Gerichtsordnung abgeschrieben und zwar aus der ersteren Nr. 1—6. 10—23 und aus der letzteren Nr. 7—9. 24—25.

Sieht man von den eignen Zusätzen Fichard's ab, worin er die aus jenen Quellen entnommenen Bestimmungen theils vervollständigt oder ihrem Inhalte oder Grunde nach näher entwickelt [7]), theils

7) Tit. 5 §. 2; 9 §. 3; 17 §. 14, 15, 17; 19 §. 4; 26 §. 2—4; 29 §. 3; 35 §. 2, 4—6.

dem particularen Gerichtsgebrauch angepaßt hat [8]), so bleiben nur folgende Titel übrig, welche Fichard weder aus den vorangeführten Gerichtsordnungen noch aus andern, soviel ich habe ermitteln können, entnommen hat:

Tit. 10: Von Arresten oder Kommern, wie es damit gehalten soll werden, deßgleichen der Sequestration;

Tit. 36: Taxordnung;

Tit. 40: Von Malefitzsachen und wie es darmit im peinlichen Proceß gehalten solle werden.

Hinsichtlich des Tit. 36 ist bereits oben beiläufig erwähnt worden, daß Fichard bei Aufstellung des Gebührenverzeichnisses (§. 2—11) für den Gerichtsschreiber die Taxordnung des Würtemberger Landrechts hinsichtlich der Aufzählung der gebührenpflichtigen Amtsverrichtungen im Allgemeinen zur Richtschnur genommen hat. Die Gebührenbeträge selbst hat Fichard ohne Zweifel so angesetzt, wie sie bei den Solmser Gerichten, sei es durch Gesetz oder Gerichtsgebrauch, normirt waren.

Dieß Letztere gilt auch von der Gerichts- und Schultheißenbelohnung (§. 12—17).

Die Schlußparagraphen 19 und 20 sind dagegen wieder aus dem Würtemberger Landrechte entnommen.

Den Titel 10 anlangend, so ist nur der §. 3, welcher die Proceßführung von Unterthanen unter einander vor ausländischen Gerichten verbietet, aus der Nassauer Gerichtsordnung Tit. 4 fast wörtlich entnommen [9]).

Alles Uebrige dagegen stimmt mit dem, was einige der vorerwähnten Gerichtsordnungen über Arrest und Sequester enthalten, sowenig überein, daß sich nicht annehmen läßt, Fichard habe aus ihnen geschöpft.

Schließlich soll zur besseren Veranschaulichung des von ihm eingehaltenen Kompilationsverfahrens ein Titel der Solmser Ge-

---

8) Dieß gilt von der Form der Ableistung einiger Eide, indem nicht die Eidesformel dem Schwörenden vor- und von diesem nachgesprochen, sondern lediglich vorgelesen und derselbe sodann auf Betheurung bezw. Befolgung des Vorgelesenen beeidigt wird; Tit. 22 §. 3—6, 11—13; 27 §. 18—19.

9) Nur die Strafe ist eine geringere, nämlich von 40 Rheinischen Gulden auf 30 herabgesetzt.

richtsordnung und der Inhalt der dabei benutzten Gerichtsordnungen neben einander gestellt werden.

Solmser Gerichtsordnung nach der Originalausgabe von 1571 (Frankfurt bei Johann Wolff) [10].	Quellen: Nassauer Gerichtsordnung Tit. 4; Mainzer Untergerichts-Ordnung (Mainz, bei Franciscus Behem 1559) S. IV^b — V^a; Cölner Gerichtsordnung (Cöln, bei Peter Quentell 1538) S. VII.
Tit. XIII. Von ungehorsamen aussenbleiben des Antwürters, und wie alsdann rechtlich soll volnfahren werden.	M. Wie auff ungehorsam des Antworters procedirt und gehandelt werden mag.
§. 1. So der Antwürter und Citirt, ohn fürwendung eyniger ehehafften verhinderung, oder anderer rechtmeßiger ursachen, oder auch schickung eynes volmechtigen anwalts, gantz und gar ungehorsamlich und verechtlich zum dritten Gericht außbleiben würde, damit dann dem Klager nicht destoweniger rechtens verholffen werden möge, so sol er der Klager denselben dritten Gerichtstag, des Citirtten und Antwürters ungehorsam beklagen, auch jhnen ungehorsam zu erkennen bitten.	§. 1. N. Und ob ein antworter, auff fürheischen und klag deß Klägers ohn Ehehafftige noth, zum dritten Gerichts-Tag, nach dem fürgebieten nit für Gericht erscheinen, und freffelich oder von eigenem Mudtwillen verächtlich außbleiben würde — M. So der Antworter für befestigung des kriegs, zu eynichem termin außbleiben, und in Recht nit erscheinen, oder so er erschiene, und zu recht nit antworten oder thun wölt, was sich im Recht gebürt, und derhalb ungehorsam erkant würd, alßdann mag der Kläger auff die selbig ungehorsam
§. 2. Und stehet demnach dem Klager freye, daß er entweder auff seiner fürbrachten klage fürfahren, dieselbig beybringen, liquidiren und beweisen, und den Richter darüber endlich mag erkennen lassen, doch daß er zu allen folgenden hauptterminen, dem Beklagten widerumb sol verkünden lassen.	§. 2. (M.) auf sein innbrachte Klag fürfaren, sein Gerechtigkeyt fürbringen, Liquidirn, und beweisen, durch den Richter inn den sachen entlich sprechen und erkennen lassen.

10) Von allen Ausgaben des S.L.R. ist die am meisten verbreitete die vorletzte (Wetzlar 1773 bei G. E. Winkler). Diese hat indessen nicht blos geschmackloser Weise veraltete Ausdrücke modernisirt, sondern enthält auch nicht wenige sinnentstellende Druckfehler. Von dieser Ausgabe ist die neuste (Hanau bei Edler 1840) ein Abdruck, in welchem die meisten Fehler unberichtigt geblieben sind.

§. 3. Oder aber mag er Klager, nachdem der Beklagt also wie obstehet, ungehorsam erkent und erklert worden, und der Kriegrechtens noch nicht befestiget ist, die insatzung in des beklagten güter durch die erste oder zweite erkantnuß des Richters, inn Latin Ex primo et secundo decreto genant begeren, doch mit underscheyd, wie folgt.

§. 4. Und nemlich, wann die klag auff eyn leygend gut, so under dem zwang desselben Gerichts gelegen, darfür die rechtfertigung sich erhelt, geschehen ist, und der Antwürter oder Beklagter für der Kriegsbefestigung ungehorsam erkent worden ist, So mag alsdann der Kleger begern, auff solche ungehorsame des Beklagten, jhnen in das angesprochen strittig Gut auß erster richterlicher erkantnuß, Ex primo Decreto, eynzusetzen, welches auch die Scheffen alsdann verfolgen, erkennen und thun sollen.

§. 5. Hett aber Klager den Beklagten persönlich oder von eyner schuld wegen, angesprochen, und der Beklagt were ungehorsam erkent worden, alsdann soll der Klager auff sein anruffen, inn des Beklagten farende oder bewegliche guter, oder auch, so es die notturfft also erforderte inn die leygende güter [11]), doch weiter nicht dann nach anzall der geforderten schuld, ungefehrlich, auch auß erster erkantnuß eingesetzt werden.

§. 6. Doch sol in solchen beyden begeren, vor den erkantnussen dem Beklagten zuvor verkündt werden, solche insatzungen zu geschehen, zu sehen oder hören, oder aber rechtmeßige ursachen,

§. 3. M. Es mag auch der Kläger, nachdem und der Beklagt ungehorsam erkentt, und der krieg noch nit befestigt worden ist, die insatzung durch die erste und ander erkantnuß, Ex primo et secundo Decreto, genant, begern, wie hernach folgt.

§. 4. M. Nemlich so die Klage auff eyn ligendt gut under dem Gerichtszwangl des Gerichts gelegen, da die sach hangt, beschehen, und der Antworter für der Kriegsbefestigung ungehorsam erkent wer, so mag der Kläger inn und auff solche ungehorsam begern, sich inn das angesprochen gut, auß erster erkantnuß, Ex primo Decreto, einzusetzen.

§. 5. M. Aber inn persönlichen klagen, (C. als umb schult und dergleichen), so der Antworter ungehorsam erkandt ist, mag der Kläger inn des Antworters gutter inn gmeyn einsatzung begern, nach maß und grösse seiner erklerten oder Liquidirten schuldt, wie das die recht vermögen.

§. 6. M. Doch soll inn diesen beyden begerungen dem Antworter zuvor verkundt werden, solche innsatzung zu beschehen, zu sehen und hören, oder aber redliche ursachen anzuzeygen, war-

11) Vergl. Gobler, Ger. Proc. (Ausgabe: Frankfurt 1536) S. XIIa: „mit beger, sich in sovil des beklagten farend habe oder in mangel derselbigen in ligende güter aus erstem Dekret einzusetzen."

warumb solche insatzungen nicht geschehen sollen, anzuzeigen, damit er sich ja nicht der ubereylung hierinn hab zu beklagen.

§. 7. So nuhn die Insatzungen auß erster erkantnuß, also geschehen wern, und aber der ungehorsam Beklagt hernacher, doch innerhalbs desselben jars, keme, und erböte sich für Gericht, dem Kläger seinen auffgewandten kosten und erlittenn schaden, widerumb zu erstatten, auch Caution und sicherheit zu thun, die sach hinfüran wie recht auszuführen, und keme auch solchem seinem erbieten wirklichen also nach, So sol er widerumb zur Sachen gelassen, und die zuvor erkente Insatzung widerumb auffgehebt und abgeschafft, und fürters in der sachen, wie sich gebürt, volnfahren werden.

§. 8. Würde aber der Beklagt solches nicht thun, sonder verlassen, so mag alsdann nach verlauffung eynes jars, von der vorigen Insatzung anzurechen, oder auß rechtmeßigen bewegenden ursachen, und erkentnuß des Gerichts, auch vor volliger ablauffung desselben zweiten jars, auff des Klagers ferner anruffen, zu der Insatzung auß dem zweiten Dekret geschritten werden, wie solchs die Recht zugeben und außweisen.

§. 9. Wann auch der Beklagt gleich etliche Terminen und Gerichtstage gehorsamlich erschienen were, und gehandelt het, volgens aber ungehorsamlich aussenblieb, doch volgens widerumb an Gericht erscheinen, und handlen wolt, So sol er darzu gelassen und gehört werden, Doch anders nicht dann in dem stand, wie er alsdann die sach findet, und

umb die innsatzung nit erkent werden soll.

§. 7. M. So nun die einsatzung auß erster erkantnuß beschehen wer, käme dann der Ungehorsam (N.: doch er der Antwörter darnach in Jars frist kemme —) und entricht dem Kläger kosten und schaden, und thet jhm versicherung, die sach wie recht auß zu füren, so soll die erkandt einsatzung abgethon und in der hauptsach volnfahrn werden.

§. 8. M. Wo aber solchs nicht beschehe, mag alßdann nach verlauffung eyns jars, von der fürigen innsatzung an zu rechnen, oder auß rechtmeßigen ursachen und erkantnuß des Gerichts, auch für außgang des jars [12]) zu der innsatzung auß dem zweyten Dekret procediert, und geschrietten werden, wie solchs die Recht zugeben und außweisen.

§. 9. M. So aber folgendts der ungehorsam theyl, nachdem eyner oder mehr termin gehalten, für beschluß der sachen erscheinen würd, soll er in dem standt, wie er die handlung findet, zugelassen und gehört werden, doch daß er zuvor dem gehorsamen theyl, kosten und schaden seiner ungehorsam halber erlitten, nach des Gerichts messigung

12) Darunter ist offenbar, wie auch Fichard angenommen, das zweite Jahr zu verstehen.

daß er auch zuvorderst dem Klager, kosten und schaden, der ungehorsame halben erlitten nach desGerichts meßigung, entrichte. Es were dann daß er Beklagter sein aussenbleiben, auß gegründten und rechtmeßigen ursachen entschüldigen könte, darzu er dann so viel und wie recht, auch solle zugelassen werden.

§. 10. Zum letzten so sich im widerspiel zutrüge, daß der Beklagt gehorsamlich erschiene, aber der Klager aussen bliebe, So soll der Beklagt auff sein begern von recht stand ledig erkent werden, auch der Klager den Gerichtskosten auff richterliche messigung jme widerumb zu erstatten, verfallen sein. Wolt dann der Kleger, auff entrichtung solches kostens, die sachen widerumb gerichtlich fürnemen, das möcht er thun, Doch sol er alsdann dem Antwürter von neuem widerumb fürgebieten lassen, wie obstehet.

§. 11. Da auch der Klager von seiner fürgenommen Citation oder gethaner Klag, gar abstehen, und dieselbig fallen lassen wolte, das sol er zu thun macht haben, doch daß er dem Citirten seinen kosten, da er eynigen derwegen erlitten hat, und denselben begeren würde, alsdann bekere und erstatte.

entrichte, Es wer dann daß er sein ungehorsame, aus gegrundten und rechtmessigen ursachen entschuldigen kundt, darzu solt er sovil, und wie recht gelassen werden.

§. 10. N. Würde aber ein Antworter auff fürheischung erscheinen, und der Kläger außbliebe, so solt der Antworter auff sein begeren, vom Rechtstandt ledig erkant werden, und der Kläger jhm denselben Gerichtskosten wider zugeben verfallen sein, und wolt dann der Kläger, nach entrichtung solchs schadens, die Sach widerumb rechtlich fürnemmen, daß möcht er thun, doch soll er alsdann dem Antworter von neuem darumb, wider fürgebieten lassen.

§. 11. N. Ob auch ein Kläger von seiner fürgenommen ladung oder klage abstehen wolt, deß soll er zu thun haben, doch dem Antworter, so jhne der nit erlassen wolt seinen kosten deß fürgebietens halb erlitten, wider keren.

Zweiter Theil.

Von den Landrechten.

Der zweite Theil des Solmser Landrechts sollte, wie in der Publikationsverordnung und in der Vorrede des zweiten Theils angekündigt wird, eine „auf das einfältigste" verfaßte Darstellung „der fürnehmsten Händel und Sachen, so am meisten bei dem gemeinen Mann sich zutragen" enthalten. Als maßgebend für diese

Darstellung werden bezeichnet theils „die alten beschriebenen Kaiserlichen Rechte und Ordnungen“ theils solche Landbräuche, welche „in etlichen Punkten und Sachen dem Rechten und der Billigkeit nicht ungemäß“ seien, und deßhalb gültig bleiben und nur als seither „ungewiß und disputirlich“ in „eine gewisse Ordnung“ gebracht werden sollten.

Wie schon oben angedeutet wurde, richtete Fichard sich bei Abgrenzung des Stoffes im Allgemeinen nach dem Würtemberger Landrechte. Er wich jedoch von demselben hier und da in der Anordnung des Stoffes ab und fügte an passender Stelle die Landbräuche ein, während er natürlich alle rein partikularrechtlichen Bestimmungen jenes Landrechts weglassen mußte. Aber auch von demjenigen, was dort aus dem Römischen Rechte entnommen und ausführlich dargestellt ist, übergeht er Manches mit Stillschweigen oder verweist auf die kaiserlichen Rechte, wogegen er auch einzelne Rechtsinstitute aufgenommen hat, welche im Würtemberger Landrechte sich nicht finden, wohl aber in andern von Fichard benutzten Quellen abgehandelt werden.

Während das Würtemberger Landrecht auf das Commodat das Depositum folgen läßt und hieran den Kauf und die Beständniß der Güter anreiht, schiebt Fichard zwischen Commodat und Depositum die Vermiethung beweglicher und liegender Güter ein und schließt daran als Landbräuche die Erb- und Landsiedelleihe. Im Würtemberger Landrechte folgen auf die Beständniß der Güter die „Contrakte und Gedinge, die nit eigen besondere Namen haben“, darunter der Tausch und Vergleich. Fichard stellt die Lehre vom Tausch vor die vom Kaufe und fügt dieser die Lehre vom Abtriebe an, wogegen er den Vergleich auf die im Würtemberger Landrechte übergangenen Bürgschaften folgen läßt. Die im letzteren nach den Eheberedungen abgehandelten Dienstbarkeiten der Güter verweist Fichard an den Schluß, und hängt daran das Steinsetzen und die gleichfalls im Würtemberger Landrechte fehlende Verjährung. Hinter der Lehre von verbotenen und unzulässigen Ehen folgen im Solmser Landrechte die Einkindschaften, Tutel und Curatel und die curatores ad litem. Im Würtemberger Landrechte fehlen die Eheverbote, ebenso Tutel und Curatel (weil schon die Landesordnung eine Pupillenordnung enthielt), die Einkindschaft bildet den Schluß des

vierten Theils und von den Curatoren ad litem wird nur beiläufig im ersten Theile gehandelt.

In den erbrechtlichen Titeln stellt Fichard zweckmäßig die Erbschaft „Manns und Weibs gegen einander" an's Ende, während sie im Würtemberger Landrechte die Lehre von der Intestatsuccession eröffnet.

Das Würtemberger Landrecht handelt in der Lehre von den Gaben und Schenkungen auch vom Widerruf und den Schenkungen auf den Todesfall. Fichard (Tit. 13 §. 5.) verweist in dieser Hinsicht auf die gemeinen kaiserlichen Rechte.

Ausführliche gemeinrechtliche Bestimmungen enthält das Würtemberger Landrecht in der Lehre von den Testamenten, z. B. über die Testamentszeugen, Institutionen und Substitutionen, Pflichttheil und Enterbungen u. dgl. m., was Fichard entweder nur angedeutet oder gänzlich weggelassen hat.

Was die mehrfach erörterte Frage anlangt, inwieweit Fichard bei Ausarbeitung dieses zweiten Theils dem einheimischen Rechte die verdiente Berücksichtigung habe angedeihen lassen, so halte ich den ihm gemachten Vorwurf willkürlicher Zurücksetzung desselben für ungerechtfertigt. Fichard war (wie Sichard, der Mitarbeiter am Würtemberger Landrechte von 1555) ein Schüler von Ulrich Zasius und ein gründlicher Kenner und, wie die meisten Rechtsgelehrten seiner Zeit, Bewunderer des römischen Rechts. Trotzdem ist überall, wo dessen Bestimmungen wiederholt sind, dieß nur bei solchen Lehren geschehen, in welchen das römische Recht damals in den meisten Ländern obgesiegt hatte.

Für die Beantwortung der Frage, welche Quellen Fichard und in welchen Lehren er sie in diesem zweiten Theile des Solmser Landrechts benutzt habe, ist das sicherlich mit Vorwissen Fichard's verfaßte Vorwort des ersten Verlegers an den Leser von Bedeutung. Hierin wird bemerkt, daß im zweiten Theile „vil sonderbare Landbreuch, als die Erb- und Landsiedelleyhen, Landsiedel Recht, schatzung der besserungen, Abtrieb leigender Güter, Steinsatzung, Praescriptio oder verjärung und andere mehr Recht und Breuch also erklärt und verbessert worden, daß sie dermaßen in keinen andern Reformationen noch Ordnungen zu finden."

Daß die speciell aufgezählten Landbräuche, welche Fichard in besonderen Titeln (Tit. 6. 7. 12. 30) abgehandelt hat, aus andern

Landrechten u. s. w. nicht geschöpft sind, davon wird unten noch weiter die Rede seyn.

Was die Verjährung (Tit. 31) anlangt, welche auffallender Weise in jenem Vorworte mit den Landbräuchen zusammengestellt ist, obgleich Fichard hier rein römischrechtliche Grundsätze entwickelt hat, so wurde er zur Aufnahme dieses Titels unzweifelhaft durch die im ersten Theile des Landrechts benutzte Trierer Untergerichtsordnung von 1539 veranlaßt, welche auf die Einkindschaft die Präscription, deren bereits vorher unter den Auszügen wider die Klage Erwähnung geschehen war, in ausführlicher Darstellung folgen läßt. Daß Fichard dieser Darstellung nachgearbeitet hat, läßt sich bei einer Vergleichung der §§ 1, 3, 4, 5—10 mit jener Untergerichtsordnung nicht verkennen. Der Unterschied besteht jedoch darin, daß Fichard die Erfordernisse der Ersitzung ausführlicher definirt und durch Beispiele erläutert, dagegen nur einige Fälle der Usucapionsunfähigkeit aufzählt, rücksichtlich der übrigen aber auf die „Rechte" verweist und ebenso bei der Unterbrechung der Erjährung blos der Interruption durch Proceß gedenkt. Die Trierer Untergerichtsordnung dagegen stellt ein specielles Verzeichniß der „Fäll, darin kein Verjährung statt hat", nach römischem und canonischem Rechte und der Praxis auf, läßt darauf die Fälle der Interruption folgen und schließt mit einer kurzen Angabe der Erfordernisse jeder rechtmäßigen Verjährung. Dieser Unterschied in Bearbeitung des Stoffes mag den Verleger Wolff zu der Angabe veranlaßt haben, daß die Erklärung der Präscription dermaßen in keiner andern Reformation noch Ordnung zu finden sei.

Unter den „anderen mehr Recht und Breuch", deren die Vorrede zuletzt gedenkt, sind zu verstehen sowohl einige andere vorher nicht aufgeführte Landbräuche, denen Fichard gleichfalls einen besonderen Titel gewidmet hat, nämlich der Verkauf liegender Güter (Tit. 11) und die Erbschaft Manns und Weibs gegen einander (Tit. 28), als namentlich die einzelnen auf particularer Legislation oder Gewohnheit beruhenden Abweichungen in solchen Lehren, für welche Fichard im Uebrigen aus andern Reformationen und Ordnungen geschöpft hat [13]).

13) Vergl. Tit. 10 §. 11; 18 §. 2—4, 9; 20 §. 13, 16; 21 §. 34.

Die im zweiten Theile des Solmser Landrechts von Fichard benutzten Quellen sind in chronologischer Anordnung folgende:

1) die Wormser Reformation von 1498. Hieraus sind entnommen:

Tit. 5 §. 14; 8 §. 7; 10 §. 1—4; 15 §. 2; 16; 18 §. 8; 29 §. 1—2, 5—6.

2) die Frankfurter Reformation von 1509.

Tit. 18 §. 6—7; 21 §. 3—5; 23 §. 15—16.

3) das Freiburger Stadtrecht von 1520. Dieses von Zasius verfaßte Stadtrecht, welches auch eine Hauptquelle des Würtemberger Landrechts [14]) ist, hat Fichard nicht blos neben diesem letzteren, sondern auch selbstständig da benutzt, wo es nicht in das Würtemberger Landrecht übergegangen ist.

Tit. 9 §. 1; 18 §. 1, 4, 5; 20 §. 14—15; 21 §. 23; 24 §. 1—2; 27 §. 1, 2, 6.

4) die Mainzer Untergerichtsordnung von 1534.

Tit. 20 §. 1—14; 21 §. 1—4, 6—15, 18—19, 24—25; 22.

5) die Sächsischen Generalartikel von 1557.

Das in diesen befindliche Verzeichniß der die Ehe hindernden Verwandtschafts= und Schwägerschaftsgrade ist wortgetreu in den Tit. 19 §. 5—31 aufgenommen. Jedoch weicht das Solmser Landrecht in zwei Punkten ab. Während die Generalartikel die Ehe im dritten Grade, jedoch nur in ungleicher Linie, untersagen und dieß auf ausdrückliche landesherrliche Anordnung gründen, zieht das Solmser Landrecht [15]) am Schluß des §. 15 [16]) auch die gleiche Linie unter das Verbot. Sodann ist noch im §. 29 auf Grund der Kaiserlichen Rechte das Eheverbot zwischen dem Pathen und dem Täufling [17]) hinzugefügt worden.

Der übrige Inhalt des Tit. 19 ist, wie auch der §. 1 vermuthen läßt, wahrscheinlich aus einer protestantischen Kirchen= oder

14) Vergl. Reyscher, Würtemb. Privatr. §. 33.

15) Ebenso die Lüneburger Kirchenordnung von 1543 und die Würtemberger Eheordnung von 1553.

16) Ein offenbares Versehen ist es, wenn es dort heißt, daß „die Ehe im vierdten (statt dritten) Grad, nit allein in ungleicher sondern auch in gleicher Linien verbotten sein solle."

17) Ebenfalls in Uebereinstimmung mit den in Note 15 erwähnten Ordnungen.

Eheordnung entnommen, welche ich jedoch nicht aufzufinden vermochte.

6) Die Nürnberger Reformation von 1564.

Tit. 3 §. 3—4; 4 §. 1—3; 5 §. 8—14; 16 §. 4; 21 §. 26, 27, 28, 30, 32, 36; 24 §. 4; 25 §. 1, 2, 4—9; 26 §. 1, 2, 3, 6, 7; 27 §. 4, 5, 7—9.

7) Das Würtemberger Landrecht von 1567.

Tit. 1; 2; 3; 5 §. 5—7, 13, 15; 8 §. 1, 2, 4, 6; 9; 10 §. 5, 7—10; 13 §. 1—4; 14; 15; 17 §. 1, 3, 4; 21 §. 16 bis 17; 23 §. 4—6, 8, 9, 11—14; 25 §. 4; 26 §. 1, 3, 4—7; 27 §. 7—10; 29 §. 1, 2, 5.

Vergleicht man den zweiten Theil unsers Landrechts mit dem Stoffe, welchen Fichard in jenen eben aufgeführten Ordnungen vorgefunden hat, so läßt sich nicht verkennen, daß er mit richtigem, praktischem Blicke die wichtigsten und seiner Aufgabe entsprechenden Bestimmungen auszuwählen verstanden hat. Particularrechtliche Abweichungen vom gemeinen Rechte hat er entweder ausgeschieden oder an ihre Stelle das gemeine Recht gesetzt. Auch macht sich in der Anordnung und Verarbeitung des Stoffes eine viel größere Selbstthätigkeit als im ersten Theile bemerklich und die Zahl der eignen Zusätze Fichard's einleitenden, erläuternden oder ergänzenden Inhalts ist ebenfalls größer [18]).

In der Lehre von den Contrakten ist die Hauptquelle das Würtemberger Landrecht [19]). Für die darin übergangenen Obli-

---

18) Vgl. Tit. 4 §. 4; 5 §. 1—4; 8 §. 3; 10 §. 6, 11; 17 §. 2; 20 §. 16; 21 §. 15, 20—22, 29, 31, 33, 35, 36—38; 23 §. 1, 2, 7, 10, 17, 18; 27 §. 3; 29 §. 3—4.

19) Die hauptsächlichsten Abweichungen des Solmser Landrechts von dem Würtemberger in denjenigen Partieen, welche Fichard aus dem letzteren entnommen hat, sind folgende:

1) Das S. L. R. (Tit. 1 §. 2, vgl. auch Tit. 3 §. 1) bezeichnet als commodirbare Gegenstände nur Mobilien, das W. (p. CLXXIX) auch Immobilien.

2) Die laesio enormis bestimmt das S. L. R. (Tit. 10, §. 7) dem gemeinen Rechte entsprechend auf mehr als die Hälfte des rechten Werths, das W. (p. CCIX) dagegen auf mehr als ein Drittel. Auch stellt das S. L. R. (§. 8) die Aufrechthaltung des Kaufvertrags durch Reduktion des Preises auf den rechten Werth lediglich in den Willen

gationen ist die Nürnberger (Tit. 4) und die Wormser Reformation (Tit. 16) benutzt worden.

In Fichard's processualische Hauptquelle, die Mainzer Untergerichtsordnung, sind, wie dieß in vielen Gerichtsordnungen damaliger Zeit sich findet, auch civilrechtliche Lehren aufgenommen worden, nämlich die Einkindschaft und die Vormundschaft.

Das Würtemberger Landrecht handelt zwar auch am Schlusse des vierten Theils von der Einkindschaft und der Landesordnung von 1555 und 1567 ist eine Pupillenordnung einverleibt, Beides ist jedoch so sehr durch particulare Bestimmungen modificirt, daß Fichard in jenen Lehren die Mainzer Untergerichtsordnung vorgezogen und zu Grunde gelegt hat.

Im Erbrechte ist wieder das Würtemberger Landrecht und bei der Intestatsuccession daneben die Nürnberger Reformation benutzt worden. Bei der Erbfolge in der Zwerchlinie (Tit. 27) fassen

---

des Verkäufers, wogegen das W. L. R. hierzu auch Einwilligung des Käufers verlangt.

3) Für die gerichtliche Insinuation einer Schenkung bestimmt das W. L. R. (p. CCXXIII) einen Werth von über 200 Gulden, das S. L. R. (Tit. 13 §. 2) einen solchen von mehr als 100 (die Wormser Reformation IV, 2, Tit. 4. und das Freiburger Stadtrecht II, 7: 50 Gulden).

4) Das S. L. R. (Tit. 14 §. 1) gibt der Hypothek an Mobilien vor dem spätern Faustpfande nur dann den Vorzug, wenn der Gläubiger darüber eine „sondere, ausdrückliche Verschreibung" hat, das W. (p. CCXXIX) begnügt sich mit einer „Verschreibung oder anderer glaubhafter Beweisung" (das Freiburger Stadtrecht II, 8 gibt dem Faustpfand ausnahmslos den Vorzug — „der erst pfandherr — hab eine verschribung oder nit").

Im nämlichen Titel §. 4 gibt das S. L. dem Schuldherrn die Befugniß, die Ueberbesserung des Pfandes weiter zu verpfänden, wogegen das W. (p. CCXXXI) dieß dem Schuldner einräumt (ebenso dessen Quelle, das Freiburger Stadtrecht II, 8 und die Wormser (V, 3, 2) und Nürnberger Reformation (20, 3). Diese Discrepanz rührt jedoch sicherlich von einem Versehen oder einem Druckfehler her und es ist der Passus am Schlusse des §. „als ob es sein Eigenthum wäre" von pfandfreiem Eigenthum zu verstehen. Es sollte ohne Zweifel nichts weiter als die Vorschrift des fr. 36 §. 1 de pign. act. 13, 7 wiedergegeben werden.

diese beiden Gesetze einige Conkurrenzfälle zusammen, während sie das Freiburger Stadtrecht abgesondert abhandelt. Fichard, dem diese letztere Darstellung im Interesse bessern Verständnisses mehr zusagen mußte, hat deßhalb in diesem Titel noch das Freiburger Stadtrecht als Quelle herangezogen.

Die Intestatsuccession hat Fichard rein nach römischrechtlichen Grundsätzen beziehungsw. der damals herrschenden Theorie gemäß dargestellt [20].

Deßhalb hat er die wenigen Bestimmungen, in welchen seine im Allgemeinen nach gleichem Grundsatze verfahrenden Quellen vom römischen Rechte abweichen, theils übergangen theils corrigirt.

Das Würtemberger L. R. (p. CCCLXXVIII) enthält die aus dem Freiburger Stadtrechte III, 6. entnommene, ausdrücklich als Abweichung von den geschriebenen kaiserlichen Rechten bezeichnete Singularität, daß vollbürtiger Geschwister Enkel (in stirpes) neben den Halbgeschwistern (in capita) erben sollen. Fichard hat diese Bestimmung nicht aufgenommen und in Tit. 27, §. 3. indirekt verworfen. Die Nürnberger Reformation läßt (in Uebereinstimmung mit dem Freiburger Stadtrecht III, 6.) bei alleiniger Concurrenz von Enkeln diese stets in capita succediren. Fichard

20) So war Fichard mit den angesehensten Romanisten seiner Zeit (u. A. Cujaz und Donell) der von Bartolus aufgestellten Ansicht, daß bei der Erbfolge von fratres consanguinei und uterini auf den Ursprung des Nachlasses zu sehen sei und den consanguinei das väterliche, den uterini das mütterliche Vermögen allein zufalle. Diese Ansicht galt damals für die communis D. D. opinio, was selbst deren Gegner (wie Fachineus Contr. VI. c. 5 und noch im 17. Jahrhundert Vinnius Sel. Quaest. II, 31 und Huber, Prael. iur. civ. sec. Instit. Just. III. tit. de succ. ab int. sec. Nov. 118 §. 13 p. 273—274) einräumen, und sie war auch in die Praxis der meisten Länder übergegangen. Ihr folgte auch die Nürnberger Ref. (Tit. 35, Ges.5) und deßhalb benutzte auch diese Fichard in Tit. 27 §. 5. Die jetzige Praxis hat sich in Befolgung des richtigen Grundsatzes, daß Fichard bei römisch-rechtlichen Instituten im Zweifel vom römischen Rechte nicht habe abweichen wollen, der unzweifelhaft richtigen und h. z. T. herrschenden Ansicht angeschlossen, wonach jene Personen in das gesammte Vermögen succesiren. Vgl. für Kurhessen Roth und v. Meibom a. a. O. §. 23 N. 17.

hat dagegen (Tit. 25, §. 4) die dem römischen Rechte conforme Bestimmung des Würtemberger L. R. aufgenommen. Ferner gehen nach der Nürnberger Ref. (Tit. 35, 8) die vollbürtigen Geschwister der Eltern den Halbgeschwistern derselben vor. Fichard hat auch diese Bestimmung übergangen und in Tit. 27, §. 8 und 10 indirekt mißbilligt.

Ein Punkt, wobei man vermuthen könnte, daß Fichard das römische Recht habe abändern wollen, bedarf hier noch der Erörterung. In Tit. 26, §. 1—3 werden neben den Ascendenten nur rechte Geschwister, nicht auch deren Kinder, als Concurrenten aufgeführt. Alle diese §§. sind aus der Nürnberger Ref. (Tit. 35, 1—2) entlehnt, welche ausdrücklich noch die Geschwisterkinder beifügt. Ein Gleiches geschieht auch im Würtemberger L. R. (p. CCCLXIX und CCCLXXI), welches Fichard gleichfalls zu §. 1 und 3 benutzt hat. In §. 6 nennt Fichard wiederum neben den Urgroßeltern nur die rechten Geschwister, obgleich jene beiden Quellen (Würt. L. R. p. CCCLXXII und Nürnb. Ref. Tit. 35, Ges. 2) auch hier die Geschwisterkinder einbegreifen. Im §. 7 werden nochmals allein die rechten Geschwister neben den Ascendenten für erbberechtigt erklärt und es wird allen diesen Personen der Vorzug vor den Halbgeschwistern eingeräumt, obwohl auch hier sowohl das Würt. L. R. (p. CCCLXXII) als die Nürnb. Ref. (Tit. 35, 2) diesen Vorzug auch auf die Geschwisterkinder ausdehnt. Trotzdem läßt sich nicht annehmen, daß Fichard hier eine Abänderung des römischen Rechts beabsichtigt habe, weil er eine derartige wichtige Abweichung sicherlich mit ausdrücklichen Worten angeordnet und hervorgehoben hätte. Vielmehr muß man unterstellen, er habe diesen Concurrenzfall nicht speciell erwähnt, so daß in Gemäßheit der Vorschrift in Tit. 27, §. 10. auch dafür die kaiserlichen Rechte zur Richtschnur dienen sollen [21].

Es soll nunmehr auch ein Titel aus dem zweiten Theile des Solmser Landrechts mit den dabei benutzten Quellen zur Veranschaulichung der Fichard'schen Bearbeitung zusammengestellt werden.

---

21) Die Praxis hat auch von je her das Erbrecht der Geschwisterkinder, sowohl in alleiniger Concurrenz mit Ascendenten als neben diesen und Geschwistern anerkannt. Vgl. auch hier für Kurhessen Roth und v. Meibom a. a. O. Note 16.

Solmser Landrecht.
Tit. XXV.
Von der Erbschafft in absteygender linien.

§. 1. Wann Vatter oder Mutter ohn Testament absterben, und leibliche eheliche Kindere, Söhne oder Töchtere, von jhnen auß eyner Ehe geborene, nach sich verlassen, So erben dieselben Kindere, alle Vätterliche unnd Mutterliche Erbgüter, leygendt und fahrend, nichts außgenommen, zugleich mit eynander, und schliessen auß alle diejehnigen, so denselben jhrem Vatter oder Mutter, in aufssteigender und auch zwerchlinien verwandt seynd.

Weren aber die Kindere auß mehr als eyner, und also underschiedlichen Ehen geboren, so erben die Kindere von dem Vatter, desselben jhres rechten Vatters Güter zuvorauß allein, und der Mutter Güter, dieweil dieselbig eyn Mutter beyder Ehekinder gewesen, zugleich, und hinwieder erben die Kindere von der Mutter, derselben jhrer rechten Mutter verlassene haab zuvorauß auch alleyn, und deß Vatters, dieweil er eyn gemeyner Vatter beyder Ehekindere gewesen, auch zugleich.

§. 2. Trüge sich auch der fall also zu, dz eyn Vatter oder Mutter Eheleibliche Kindere, unnd darzu auß andern jhren verstorben Kindern, Dichtere oder Urdichtere nach sich verliesse, so erben die Söhne und Töchter jedes vor vollen eynen antheyl, Aber die Dichtere und Urdichtere, wann deren mehr als eynes sind, auch nur

Quellen.
Würtemberger Landr. p. CCCLXIV f.
Nürnberger Reformation. Tit. 34.

W. Von Erbschafften absteigender Lini; **N.** Von Erben absteigender Lini on Geschefft.

§. 1. **N.** (Ges. 1): So Vatter oder Muter, on Geschefft absterben, und leibliche Eeliche Kinder, Söne oder Töchter, hinder jnen verlassen, So erben dieselben Kinder, alle Väterliche und Müterliche haab und güter, ligend und varend, nichts außgenommen, gleich mitainander, und schliessen aus, alle die, so dem verstorbnen, in aufsteigender oder seiten Lini verwandt sein.

N. (Ges. 3): So auf absterben der Eeleut, Kinder, aus mer dann ainer Ee in leben weren, So erben des Vaters Kinder, sein verlaßen haab, und der Muter Kinder, jr verlaßen haab.

§. 2. **N.** (Ges. 4): So ain Vater oder Muter Eeleibliche Kinder, und darzu Enigklin verlest, so erben die Enigklin oder andere absteigende Erben, an stat jrer abgestorbnen Väter oder Müter, neben und mit den Kindern, Doch nit mer, dann sovil jr Vater oder Muter, wann sie in leben gewest, geerbt hatten.

eynen, Nemlich jhres verstorben Vatters oder Mutter (an deren statt sie tretten) antheyl, wie auß nachfolgender Figur solches klärlicher ist abzunemmen und zu sehen.

§. 3. (Folgt ein Exempel) [22].

§. 4. Da auch Vatter und Mutter nicht lebende Kinder, sonder nur Dichtere und Urdichtere in ungleicher zal nach sich verliessen, so hat es eben auch dise Rechnung: Nemlich dz die Dichtere und Urdichtere gleicher gestalt an die statt jhrer Eltern tretten, und ob gleich deren viel seind, nur ein Stamtheyl erben, Als: zwey Dichtere von einem Sohn geborn, erben den halben und vier, fünff, oder mehr Dichtere, von einem andern Sohn oder Tochter geborn, erben den andern halben theyl der An und Uranherrlichen Erbschafft, Weren aber neben den beyderley Dichtere, auch Urdichtere vorhanden, vil oder wenig, so erben dieselben auch jhres verstorben Vatters oder Mutter Antheyl, und also den dritten theyl.

(Exempel).

§. 4. **W.** (p. CCCLXVII): Neben dem aber ordnen und wöllen wir auch, da es sich begeb, das die abgestorben Person kein ehelich Kind im ersten Grad, sonder allein Kindskinder, Encklin, auß zweien oder mehren seinen Kindern ehelichen erborn, nach jhme verliesse, obgleich wol von einem Kind mehr dann vom andern selbiger Encklin vorhanden weren, als von dem einen Kind zwey und von dem andern vier, Dannoch in solchem Fall die Encklin nit zugleich in die Heupter, sonder in die Stämme zu erben zugelassen werden sollen, Also das die zwey Encklin von dem einen Kind geborn, den halben Theil und die vier vom andern, auch den halben Theil erblich empfahen, Unnd also fürtan in andern weiteren Fällen in absteigender Linien zu rechnen und zu halten.

N. (Ges. 4): Wo aber nit allain Enigklin, sondern neben denselben auch Urenigklin in leben weren, So treten dieselben in den Fußstapfen jres Va-

22) Fichard hat alle Beispiele selbstständig construirt; das Würtemberger L. R. hat andere, die Nürnberger Ref. und das Freiburger Stadtrecht gar keine.

ters, und erben nit mer, dann sovil dieselben jr Vater oder Muter geerbt hetten.

Von geehlichten Kindern.

§. 5. Und wiewol diese unsere Ordnung alleyn vonn gebornen Ehelichen kindern meldung thut, So wollen wir doch (gleich wie auch die Keyserliche Recht) in derselben zahl, auch die jhenigen kindere, so der Mann mit eyner ledigen Weibspersonen (die sich zu demselben allein gehalten) vor der Ehe gezeugt, folgens aber offentlich geehlicht und zu Kirchen geführet hat, dardurch dann solche Kindere auch geehlicht worden, mit begriffen und gemeynt haben, Also daß dieselben für rechte Ehekindere gehalten, und zugleich den andern in der Ehe erzeugten Kindern, erbvehig seyn sollen.

§. 5. N. (Ges. 5): Von Kindern, die durch volgende heyrat geelicht werden.

Wann ain ledig Mansperson, mit ainem ledigen Weibspild Kinder erzeugt hat, und nachmaln dieselbig Weibsperson eelichet, So werden die Kinder, so darvor ledig geborn, durch solche Ee, für rechte Eeliche Kinder gehalten, und mit den andern in der Ee erzeugten Kindern zu Erben zugelassen.

Von Bastarten und andern Kindern, so auß gar verdampter Geburt herkommen.

§. 6. Basthharden oder Banckharten so ausserhalb deß Ehestandts (doch nit von verdampter Geburt, davon nechst hernach folgt) gezeugt worden, die können unnd sollen jhren Vatter, vil weniger aber jhren Anherrn und Uranherrn nicht erben, Aber jhre leibliche Mutter mögen sie wol erben, ob sie gleich nit geehlicht worden, wie dann auch herwiderumb die Mutter dieselben jhre natürlichen Kindere auch erben mag.

§. 6. N. (Ges. 8): Von natürlichen, oder in ledigem Stand erzeugten und ungeehlichten Kindern.

Natürliche Kinder, die doch von verdampter Geburt nit sein, erben ire leibliche Müter, ob sie gleich nit geelicht weren, inmassen dann auch herwiderumb die Müter, dieselben jre natürliche Kinder erben.

§. 7. Auch so dieselben unehlichen Kindere fürters ehliche Kinder zeugeten, so erben dieselben in massen hievor von ehlichen Kindern geordnet ist.

§. 7. N. (l. c.): So dann dieselben natürliche uneeliche Kinder, hernacher Eeliche Kinder erzeugt hetten, dieselben erben, inmassen hievor von Eelichen Kindern geordnet ist.

§. 8. Aber solche uneheliche Kinder, die auß gar verdampter vermischung und geburt herkommen, als, auß kündtlichem Ehebruch oder da Vatter und Mutter, von wegen der nahen Sipschaft (davon hieoben geordnet) und blutschande, keyne rechtmäßige Ehe besitzen haben mögen, u. s. w. die seind weder der Vätterlichen noch auch Mütterlichen Güter vehig, Doch mag jhnen auß barmhertzigkeyt zu jhrer leibsnahrung etwas gefolgt werden.	§. 8. N. (Ges. 9): Von Kindern aus verdampter Geburt. Uneeliche Kinder, die aus verdampter vermischung und geburt herkommen als durch den Eebruch, oder da Vater und Muter kein Ee besitzen mögen, die seyen weder der Väterlichen noch Müterlichen güter, oder derselben Erbschafft vehig, doch soll jnen die Leibsnarung, damit sie erzogen werden mögen volgen und geraicht werden.
§. 9. Und welche uneheliche Kindere, jhre Eltern nicht erben, da sollen auch hinwiderumb dieselben Eltern, jhre uneheliche Kindere nicht erben.	§. 9. N. (l. c.): Und welche uneeliche Kinder, jre Eltern nit erben, da sollen auch herwiderumb dieselben Eltern, jre uneeliche Kinder nit erben.

Es bleiben nunmehr noch diejenigen Titel zu besprechen übrig, welche Fichard nicht aus andern Reformationen und Ordnungen entlehnt hat. Es sind dieß

Tit. 6: Von der Erbleihe.

Tit. 7: Von Landsiedelleihe und Landsiedel-Rechten [23].

Tit. 11: Vom Verkauf der liegenden Güter, wie es damit soll gehalten werden.

Tit. 12: Von dem Abtrieb, wann derselbige statt, und wer den zu thun habe, auch wie er geschehen solle.

Tit. 28: Von Erbschaft Manns und Weibs gegeneinander.

Tit. 30: Von Steinsetzen.

Zwischen manchen Bestimmungen in diesen Titeln und dem, was die von Fichard benutzten Quellen über dasselbe Institut enthalten, findet eine Aehnlichkeit oder Uebereinstimmung statt, welche ihren Grund in der Gemeinsamkeit des Ursprungs und Wesens des Instituts hat.

Dieß gilt z. B. in Titel 6 von den §§. 2, 5 und 9 verglichen mit der Wormser Reformation V, 2, Tit. 2, im Titel 12 von den §§. 2—3, 17 und 23 im Vergleich mit derselben Reformation V, 1, Tit. 1 und der späteren Aenderung des Statuts von der Losung, und von den §§. 5, 6, 8, 12—15, 19—21, welche mit

23) Vergl. diese Zeitschrift Bd. 8. S. 99 ff.

einzelnen Vorschriften über den Abtrieb in der Trierer Untergerichtsordnung übereinstimmen. Ebenso finden sich die Bestimmungen des Tit. 28, §. 6—8, 11—12 in der Frankfurter Reformation von 1509 [24]) in gleicher oder ähnlicher Weise wieder.

Allein alle diese Uebereinstimmungen und Aehnlichkeiten stehen so vereinzelt da, daß man zu der Annahme genöthigt ist, Fichard habe für die oben aufgeführten Titel im Wesentlichen den Stoff, soweit er ihm nicht etwa in älteren Solmsischen Gesetzen u. dgl. geboten war, entweder aus persönlichen Erkundigungen oder (was damals üblich war und das Wahrscheinlichere ist) aus eingezogenen Berichten der Solmser Gerichte über die in ihren Sprengeln herrschenden Gewohnheitsrechte und Gerichtsgebräuche und aus Weisthümern geschöpft.

In dieser Hinsicht hat sich indessen trotz aller auf mein Ansuchen mit vieler Bereitwilligkeit angestellten Nachforschungen in den standesherrlichen Archiven zu Braunfels, Laubach und Lich Nichts auffinden lassen.

Nur die eine beachtungswerthe Notiz hat sich in dem Manuscripte eines früheren Archivars zu Braunfels vorgefunden, daß Fichard eine ums Jahr 1460 in der Grafschaft Solms-Braunfels, insbesondere zuerst in den Wetterauer Aemtern, publicirte Gerichtsordnung benutzt habe. Diese alte Ordnung habe enthalten, „wie es mit dem Ansatzgeld, Klagrecht, Urkunden, Urtheil, Beruf, Währschaft, Erb- und Lehngütern u. s. w. gehalten werden solle."

Auch diese Gerichtsordnung ist nicht aufgefunden worden.

Ist jene Notiz richtig, so läßt sich annehmen, daß Fichard in einigen Titeln (6, 7, 8, 11—12) aus jener ältern Gerichtsordnung viele Bestimmungen entlehnt hat. Hierfür dürfte auch sprechen, daß in Titel 12 hinter §. 16 eine besondere Ueberschrift eingeschaltet ist: „Weitere Erklärungen, den Abtrieb betreffend." Vielleicht hat Fichard in den §§. 1—16 das, was die ältere Gerichtsordnung über den Abtrieb enthielt, mit einigen Ergänzungen wiederholt, und daran den späteren Gerichtsgebrauch ꝛc. angefügt.

24) Bemerkenswerth ist es, daß die Reformation der den Solmser Territorien benachbarten Stadt Wetzlar (die Successions- und Erbfäll betreffend) von 1548, renovirt 1608, nichts anderes ist als ein wörtlicher Abdruck der einschlagenden Vorschriften der Frankfurter Reformation von 1509.

Von welcher Bedeutung diese Quellen des Solmser Landrechts für dessen Interpretation sind, soll schließlich an der Erörterung einer processualischen Streitfrage gezeigt werden.

Das Solmser Landrecht enthält in Th. I. Tit. 27, §. 11 folgende Vorschrift:

> Item Brüder unnd Schwestern mögen auch nicht für noch wider einander zur Kundtschaft gezogen werden, Es were dann, daß solches der ander Theil gutwilliglich zuließ, oder ein solcher Gebreche an der Beweisung were, daß solches die unvermeidtliche Nothturft erforderte.

Dieselbe ist entnommen aus dem Würtemberger Landrechte (p. XCVI):

> Item Brüder und Schwestern mögen auch weder für noch wider einander Kundtschafft leisten, es würde dann von dem Widertheil mit willen nachgegeben, oder das außerhalb deren sonst kein andere Zeugen oder Beweisungen vorhanden werend, oder die Recht sollichs auch in andern Fällen zuließen [25]).

Es fragt sich nun, ob Geschwister auch alsdann als unzuläßige Zeugen zu betrachten seien, wenn die Eidesdelation zuläßig ist und der Probant neben der Benennung der Geschwister als Zeugen nur von der Eidesdelation Gebrauch gemacht hat [26]).

---

25) Von den übrigen Quellen schließt nur die Nürnberger Reformation (Tit. 7, 1) die Geschwister vom Zeugnisse aus, mit der (auch auf die Eltern und Kinder sowie die Eheleute sich erstreckenden) Ausnahme: „es würde dann durch den gegenteyl gütlich nachgegeben, oder das sonst nach erkantnus des Gerichts an zeugknus geprruch erschiene und andere Zeugen nit vorhanden weren.“

26) Darüber herrscht kein Zweifel, daß, wenn Geschwister neben andern Beweismitteln, z. B. Urkunden oder weiteren Zeugen, denominirt werden, dieselben noch nicht im Produktionsbescheide verworfen werden dürfen, vielmehr zunächst das Ergebniß der Beweisführung im Uebrigen abgewartet werden muß. Gelingt diese vollständig oder insoweit, daß die Auflage des Erfüllungseides gerechtfertigt erscheint, so muß von der Abhör der Zeugen als nicht mehr unvermeidlich nothwendig abgestanden werden, wogegen in den übrigen Fällen die nachträgliche Abhör stattfinden muß. Nach Strippelmann, Entscheidungen B. 7, S. 676 scheint das O.-A.-Gericht zu Cassel die Abhör der Geschwister

Diese Frage ist meines Erachtens zu verneinen [27]).

In jener Bestimmung des Würtemberger L.=R. sind unter den neben Zeugen genannten Beweisungen sicherlich nur Urkunden zu verstehen, da kein anderes der im Würtemb. L.=R. aufgeführten Beweismittel zu jener Vorschrift passen würde [28]).

Das Solmser L.=R. spricht statt dessen vom Gebrechen an der Beweisung; allein auf die Eidesdelation ist diese nicht auszudehnen. Es führt nämlich in Uebereinstimmung mit seinen Quellen als Beweismittel nur auf: Geständniß, Zeugen (Kundschaft), Urkunden [27]), und erörtert im Zusammenhang mit der Fassung des Urtheils noch das iur. suppletorium, welches (auch decisorium genannt) nach allen jenen Gerichtsordnungen dem Kläger oder dem Verklagten bei halb erbrachtem Beweise (durch einen klassischen Zeugen oder bei starken Vermuthungen) auferlegt werden soll. Das purgatorium wird in allen Gerichtsordnungen [30]) nicht erwähnt [31]).

---

auch dann für unzuläßig zu erachten, wenn der Beweis nur bis zum Reinigungseide erbracht ist. Ich halte dieß für unrichtig, da die im Solms. L.=R. als Bedingung der Abhör der Geschwister hingestellte „unvermeidliche Nothdurft“ nicht nach dem Richter (welchem zur Gewinnung einer festen Ueberzeugung die Auflage des Purgatoriums zu Gebote stehen würde), sondern gewiß nach dem Probanten (dessen Beweis alsdann durch den Gegner völlig vernichtet würde) zu bemessen ist.

27) Das O.=A.=Gericht zu Cassel hat sie bejaht, weil im Gesetze nicht zwischen den Gattungen der Beweismittel unterschieden werde, vgl. Strippelmann a. a. O. S. 375—376.

28) In ähnlicher Weise handelt die Nassauer Gerichtsordnung von 1498 im Tit. 10 „Von Kundschaften und Beweisungen“, nur vom Zeugen- und Urkundenbeweise.

29) Das Württemb. L.=R. noch Sachverständige und Augenschein, letzteren auch die Trier U.=G.=O.

30) Mit Ausnahme der alten Frankf. Ref. von 1509, fol. XVIII, weßhalb Fichard in der erneuten Frankf. Ref. von 1578 I, 34. §. 9 davon gehandelt hat.

31) Daß in Tit. 32, §. 4 nicht vom purgatorium bei weniger als halbem Beweise die Rede ist, ergeben die Worte: „auch stärkere und bessere Anzeigen und Vermuthungen für sich hätte“ sowie seine Quelle, das Württemb. L.=R. p. LXV. und die Nürnb. Ref. Tit. 7, 9.

Ebensowenig der zugeschobene Eid. Diesen kennt nur die Nürnberger Reformation I, 7, 10 und die ältere Frankfurter Reformation von 1509, welche ihn bei der Eintheilung des Eides aufführt und definirt. Nach der Nürnberger Reformation ist die Eidesdelation beider Parteien alsdann gestattet, wenn der Kläger einigen Beweis erbracht hat. Hat er dieß nicht vermocht, dann ist der Verklagte nicht schuldig, sich auf den angetragenen Eid einzulassen. Dieß scheint nicht eine singuläre Bestimmung gewesen zu sein; denn Fichard hat sie in die erneute Frankfurter Reformation von 1578 (I, 39. §. 13—14) fast wörtlich aufgenommen.

Man muß hiernach annehmen, daß das Solmser L.=R. (wie das Württemberger L.=R.) die Geschwister nur dann von der Vernehmung ausgeschlossen wissen wolle, wenn der Probant daneben andere Zeugen oder Urkunden benutzt und durch diese den Beweis wenigstens bis zum Erfüllungseide erbringt.

Aber auch jetzt, wo in den Gebieten des Solmser Landrechts die Eidesdelation ganz dem gemeinen Proceßrechte entsprechend statthaft ist, spricht für die Zuläßigkeit der Geschwister der weitere Grund, daß die Eidesdelation nicht als ein eigentliches Beweismittel angesehen werden kann, durch welches der Richter von der Wahrheit einer bestrittenen Thatsache überzeugt werden soll. Trotz ihrer ausschließlichen Beschränkung auf Thatsachen und auf den Beweispflichtigen, trotz der Verweisung derselben in die Beweisinstanz, trotz des erweiterten Aufsichtsrechts des Richters hat die Eidesdelation das Wesen eines Transaktes beibehalten, mittelst welcher eine streitige Thatsache, ohne Ausspruch des Richters, durch die Parteien festgestellt werden soll. Wenn der Probant innerhalb der peremtorischen Beweisfrist den Beweis lediglich durch Benennung seiner oder des Gegners Geschwister als Zeugen und eventuell durch Eidesdelation antritt, so erklärt er damit, daß, wenn ihm jener Zeugenbeweis mißlinge, ihm nichts übrig bleibe, als auf seine Behauptung zu verzichten, falls der Gegner das Gegentheil beschwören würde. Darin liegt gewiß ein solches Gebrechen an der Beweisung, daß die unvermeidliche Nothdurft (des Probanten) die Zulassung der Geschwister zum Zeugniß erfordert.

XII.

Die neuesten Vereinbarungen mit Rom.

Von

Geheimehofrath Dr. **Warnkönig** in Stuttgart.

Mit einem Zusatz der Redaction.

---

§. 1. Rückblicke auf die Zeiten vor 1803.

Die durch die neuesten Vereinbarungen deutscher Landesherren mit der römischen Curie (1855 und 1857) bewirkte Umgestaltung der kirchlichen Verhältnisse in einigen deutschen Ländern ist so groß und durchgreifend, daß mit denselben in der Geschichte der katholischen Kirche unseres Vaterlandes ein neuer Zeitraum beginnt. Es ist daher schon in wissenschaftlicher Beziehung wichtig, die neue Ordnung der kirchlich-staatlichen Verhältnisse zu beleuchten; allein auch in praktischer Beziehung sind die Neuerungen von so großer Tragweite, daß deren Kenntniß dem Staatsmanne und dem Rechtsgelehrten unentbehrlich ist. Besonders dürfte eine vergleichende Betrachtung der sich neu gestaltenden Zustände untereinander und mit den untergehenden zeitgemäß seyn und einem schon fühlbar gewordenen Bedürfnisse entsprechen.

Die Hauptgegensätze von jetzt und ehemals sind zwei: Freiheit der katholischen Kirche und deren Unabhängigkeit von der Staatsgewalt, statt der früheren weitgreifenden Bevormundung der ersten durch die letzte, und im Schoose der katholischen Kirche selbst die Herrschaft des s. g. Papal- statt des freilich schon durch die Auflösung des deutschen Reichs entkräfteten s. g. Episcopalsystems. Diese letzte Umgestaltung hat indessen in den Augen der Leiter der deutschen Staaten gegenwärtig so gut wie keine Bedeutung mehr, obgleich sie auf die künftige Entwicklung der kirchlichen Verhältnisse Deutschlands nicht ohne Einfluß seyn wird. Die erste ist dagegen die unmittelbar practisch wichtige, und so muß

von ihr in der Darstellung der Verhältnisse der katholischen Kirche in Deutschland vorzugsweise die Rede seyn.

Seit dem Ausbruch des oberrheinischen Kirchenstreites, ja theilweise schon einige Jahre früher wurde das System der Unterordnung der Kirche unter den Staat von den Gegnern desselben als eine in Oesterreich von Kaiser Joseph II. ausgegangene, im übrigen Deutschland als eine Folge der großen Territorialveränderungen (von 1803 bis 1806) und der Auflösung des deutschen Reichs eingetretene, der katholischen Kirche feindselige Revolution geschildert, und die Bestrebungen sowohl der jetzt s. g. kirchlich gesinnten Kirchenrechtslehrer und Partheimänner als des im Sinne Roms auftretenden deutschen Episcopats als eine conservative, das alte gute Recht der Kirche vertheidigende Zeitrichtung angesehen und behauptet: das Verlangen kirchlicher Freiheit sei nichts anderes, als das einer Wiedereinsetzung der Kirche in den vorigen Stand gegen die Uebergriffe einer Willkürherrschaft des modernen Staates.

Zunächst ist die Richtigkeit dieser Behauptungen zu prüfen; denn möglicher Weise könnte auch das Gegentheil wenigstens der Hauptsache nach wahr und die gegen die Staatsgewalt erhobene Beschuldigung ungegründet seyn. In der That wird jeder, der sich, wie der Verfasser gegenwärtiger Abhandlung, mit dieser wichtigen geschichtlichen Frage unbefangen beschäftigt hat, finden, daß die Unterordnung der Kirche unter den Staat nicht von so neuem Datum ist.

Die deutschen Regierungen unsers Jahrhunderts, wie früher Joseph II., verfuhren nämlich staatsrechtlichen Grundsätzen gemäß, die längst vorher in anerkannter Geltung waren. Sie machten allerdings vielfach eine, die Selbständigkeit der Kirche beeinträchtigende Anwendung von den geltenden Prinzipien; doch hielt man, wenigstens nach der Ansicht der gebildeten Klasse der Zeitgenossen, die größere Beherrschung der Kirche durch den Staat für nothwendig und jedenfalls hatte diese die heilsame Wirkung, daß die Kirche von zahlreichen Mißbräuchen gereinigt, der fast allgemein gewordenen Verweltlichung derselben entgegengetreten [1]), daß ferner sowohl die Volks- wie die wissenschaftliche Bildung der katholischen Länder auf die gleiche Stufe, wie die der protestantischen erhoben und die Einheit des deutschen Nationalgefühls hervorgerufen oder gekräftigt wurde.

1) Walter, deutsche Rechtsgeschichte, 2. Aufl. Bd. I. §. 341 a. E.

Der Beweis, daß die bis auf die neuere Zeit übliche staatliche Behandlung der katholischen Kirche in Deutschland nicht eine Neuerung des neunzehnten Jahrhunderts, sondern wie selbst der s. g. Josephinismus nur eine Fortsetzung der früher schon herrschend gewesenen Prinzipien war, ist von dem Verfasser dieses in seiner ausführlichen Schrift: Die staatsrechtliche Stellung der katholischen Kirche in den katholischen Ländern des deutschen Reichs, besonders im achtzehnten Jahrhundert (Erlangen 1855), wie er glaubt, vollständig geliefert und die Grundlosigkeit der Behauptung, es habe einst das canonische Recht in unbeschränkter Weise in Deutschland gegolten, dargethan worden. Es mögen daher hier einige Rückblicke auf die Zeiten vor 1803 genügen.

Die Geschichte zeigt, daß die durch Carl den Großen begründete Stellung der Kirche im Staat nicht blos während des Mittelalters in allen christlichen, sondern auch nach der Reformation in den deutschen katholischen Ländern bis gegen das Ende des achtzehenten Jahrhunderts fortbestand. Einerseits ward zwar die Verfassung der Kirche durch die Beschlüsse des Conciliums von Trient befestigt und genauer regulirt, andererseits aber die (besonders seit dem westphälischen Frieden) gesteigerte Staatsgewalt in kirchlichen Angelegenheiten umfassender als in früheren Zeiten angewendet. Wie der Kaiser für das ganze katholische Deutschland, so waren die katholischen Landesherren in ihren Territorien die von der Kirche selbst bestellten Schutz- und Schirmherren des, im ausgedehntesten Sinne des Wortes als Staatsreligion geltenden katholischen Glaubens und, was von höchster Tragweite ist, executores Canonum (gerade wie der König von Frankreich Gardien des Canons). Das im Namen der Kirche von ihnen ausgeübte Jus Advocatiae berechtigte, ja verpflichtete sie, die strenge Befolgung des canonischen Rechts, in wie weit es in ihren Ländern galt, zu überwachen und gegen Mißbräuche einzuschreiten. Sie besaßen daher eine Jurisdictio in ecclesiasticis, durch welchen Ausdruck übrigens mehr ihre politisch-polizeiliche Gewalt, als die eigentliche Gerichtsbarkeit bezeichnet wurde. Wie der Verfasser S. 15 ff. seiner obengenannten Schrift nachgewiesen, bedurfte es schon im Mittelalter zum Vollzug der bischöflichen Erlasse in Disciplinarsachen, sowie der Concilienschlüsse einer landesherrlichen Bestätigung derselben, desgleichen zur Errich-

tung und Dotirung von Pfarreien, Kapellen, Klöstern, Collegialstiften und Bruderschaften, ebenso zur Veräußerung von Grundstücken geistlicher Korporationen. Die Landesherren hatten ein Steuer- und Schatzungsrecht auf den Kirchengütern, öfters auch das jus decimandi in ihren Territorien, häufig ein Visitationsrecht in den zu ihrem Lande gehörenden Theilen der bischöflichen Diöcesen, das jus reformandi monasteria; sie concurrirten in vielen Fällen mit den Bischöfen bei der Besetzung von Pfründen, vergaben sie in ihrer Eigenschaft als Landesherren; sie entschieden ferner als höchste Richter in Streitigkeiten gemischter Natur, die unter Mitgliedern des Klerus und zwischen geistlichen Korporationen stattfanden, sie übten endlich ein Aufsichtsrecht über den Cultus, die Einhaltung der Residenz von Seite der geistlichen Beamten, über die Verwaltung und Verwendung des Kirchenvermögens, indem sie als patroni regii und Handhaber aller guten Werke Rechnung abzulegen befahlen. Sie verfügten zuweilen selbst Inkorporationen von Pfarreien und erließen (zum Theil schon seit dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts) Amortisationsgesetze. Sie duldeten nicht die Verhängung eines ungerechten Kirchenbannes z. B. gegen einen den Pfarrzehnten verweigernden Bauern, sie beschränkten die so ausgedehnt gewordene Competenz der geistlichen Gerichte und das Asylrecht aus eigener Machtvollkommenheit; es findet sich sogar, daß es der landesherrlichen Erlaubniß bedurfte, wenn ein Unterthan in den geistlichen Stand treten oder in ein Kloster sich begeben wollte. Die Kleriker und die Stiftsherren mußten dem Landesherrn huldigen. Die Statuten und Ordnungen der Gotteshäuser bedurften der landesherrlichen Bestätigung.

Diese staatskirchlichen Zustände des Mittelalters sind, was die später protestantisch gewordenen Länder betrifft, durch die gründlichen Forschungen Reinhard's für Sachsen, Kopp's für Hessen, und Sattler's für Württemberg nachgewiesen worden. Daß dieselben in den katholisch gebliebenen Territorien ebenso gewesen und noch in der Mitte des achtzehnten Jahrhunderts bestanden, haben Bannitza, Kreitmayr, J. J. Moser und vor allen v. Sartori gezeigt. Die weitgreifenden Rechte der Landesherren, in kirchlichen Angelegenheiten mitzusprechen, sind nirgends neueren Ursprungs [2]). Wie der Kaiser hatten auch sie ihre jura ecclesiastica,

2) Dies Alles hat der Verfasser in der angeführten Schrift mit der

welche von Seiten der kirchlichen Gewalten nicht bestritten wurden, wenn man auch über die Gränzen derselben nicht einig war. Und diese Berechtigungen standen ihnen nicht zu in Folge einer von den Kirchen- oder Staatsrechtslehrern aufgestellten Theorie, sondern sie waren geschichtlich begründet. Daß man nun aber, nachdem die Rechtswissenschaft in ganz Europa sich weiter ausgebildet hatte, für die rationelle Begründung dieser Rechte und der ihnen entsprechenden staatlich-kirchlichen Zustände, Prinzipien aufsuchte und eine festere Doctrin zu gewinnen bemüht war, ist so begreiflich, als daß aus den gewonnenen Prinzipien sofort neue, öfters sehr weitgreifende Folgerungen gezogen wurden, vermittelst welcher die katholischen Landesherren, indem sie schreiend gewordenen kirchlichen Mißbräuchen entgegentraten, nur ihre in allgemeiner Bildung, ja selbst in Beziehung auf Wohlstand hinter den protestantischen zurückgebliebenen Länder auf eine höhere Stufe zu bringen sich bestrebten, Reformen vornahmen, die von den kirchlichen Machthabern als Eingriffe und Verletzungen des kirchlichen Rechts betrachtet wurden. Manche Neuerung war schon vom sechszehnten Jahrhundert an durch **Vereinbarungen** der Landesherren mit den Bischöfen, zu deren Diöcesen ihre Territorien gehörten, bewerkstelligt worden. Der Verfasser hat in seiner angeführten Schrift von einer Anzahl solcher Concordate, Recesse u. s. w. Nachweisungen gegeben und mehrere solcher Verträge abdrucken lassen, z. B. den zwischen Oesterreich und dem Bisthum Constanz v. J. 1629 (S. 257), das bayrische Concordat mit dem Bischof von Augsburg v. J. 1785 (S. 216), den s. g. Churpfalzischen Receß mit dem Ordinariat zu Regensburg von 1789 (S. 228). Es ist bemerkenswerth, daß die deutschen Bischöfe diese Verträge kraft eigenen Rechts abschlossen und daß keiner päbstlichen Ermächtigung hiezu Erwähnung geschieht. Das älteste bayrische Concordat von 1585 war allerdings durch einen päbstlichen Nuntius veranlaßt worden.

Die Rechtsgrundsätze, auf welche man, vor allem im achtzehnten Jahrhundert, die Rechte des Landesherrn in kirchlichen Dingen stützte, sind die des zuletzt technisch s. g. jus circa sacra. Ohne die Geschichte der Theorie desselben sind die kirchlichen Zustände am

---

nöthigen Ausführlichkeit dargethan S. 80 folg. und er verweist daher auf dieselbe.

Ende des vorigen und am Anfang unseres Jahrhunderts nicht wohl zu begreifen. Dies veranlaßte den Verfasser, S. 27 bis 60 seiner Schrift, eine so viel wie möglich in's Einzelne gehende dogmengeschichtliche Darstellung der Ausbildung der Theorie vom jus circa sacra zu versuchen. Das Ergebniß seiner Forschungen ist in Kurzem folgendes: Die Anfänge der Theorie sind theils in Holland und in dem protestantischen Deutschland, theils in Frankreich und Belgien zu suchen; sie finden sich nämlich einerseits in einem nachgelassenen Werke von Hugo Grotius (1647), in Abhandlungen von Thomasius (1695) und bei J. H. Böhmer (1710), andererseits bei Petr. de Marca (1611) und van Espen († 1728). Sie wurden mehr und mehr ausgebildet im Laufe des vorigen Jahrhunderts und fanden bei den katholischen Canonisten einen so allgemeinen Eingang daß, wenige jesuitische oder jesuitisch gesinnte abgerechnet, alle deutschen katholischen Kirchenrechts- und Staatsrechtslehrer sich zu ihnen bekannten. Wenn sie auch ein jus reformandi im Sinn der protestantischen Staatsrechtslehrer dem katholischen Landesherrn absprachen, oder nur, wie z. B. der Würzburger Barthel, ein jus reformandi zum Abstellen kirchlicher Mißbräuche zuließen, so erkannten sie doch ein, nicht auf päbstliche Ermächtigung sich stützendes, sondern aus dem Begriff der Landeshoheit abgeleitetes jus advocatiae majestaticum des Landesherrn an, und ein ebenso begründetes jus inspectionis et cavendi. Ja einige, welche wie Schmitt in Heidelberg (1780) von dem letzten Umgang nehmen, geben doch dem ersten einen so großen Umfang, daß sie selbst das Placet und andere verwandte Berechtigungen des Landesherrn aus demselben ableiten. Die Zuständigkeit des Placet, sowie des Recursus ab usu galten als kaum bestreitbare Rechte, nachdem van Espen auf eine so überzeugende Weise dieselbe als dem bestehenden Staatskirchenrecht gemäße Berechtigungen (1712 und 1725) nachgewiesen hatte [3]).

Wenn einige Kirchenrechtslehrer unserer Zeit behaupten: die Doctrin des jus circa sacra [4]) sei vom Protestantismus in das katholische Kirchenrecht neuestens eingeschmuggelt worden, so dürfte

---

3) meine Schrift S. 24.

4) Eine übersichtliche Darstellung dieser Doctrin findet sich in des Verfassers Schrift S. 52.

sie ein Blick in die Lehrbücher der bewährtesten Canonisten aus dem Ende des vorigen und dem Anfange unseres Jahrhunderts, gegen deren Rechtgläubigkeit niemals ein Verdacht erhoben wurde, ja die sogar zuweilen den ultramontan Gesinnten beigezählt wurden, eines Andern belehren; es sind dies vor allen der Benedictiner Maurus v. Schenkl, welcher anerkannt erster katholischer Schriftsteller in diesen Lehren (von 1785—1795) und Führer selbst der Protestanten war, und dessen Institutiones juris ecclesiastici zuletzt 1855 bei Manz in Regensburg (freilich mit tadelnden Anmerkungen) zum elftenmal wieder aufgelegt wurden — ferner seine Commentatoren Frey von Bamberg und Schill, ja vor beiden der schon genannte Kreitmayr. Der Verfasser will hier der noch weiter gehenden Canonisten nicht gedenken, die wie Eybel, Pehem u. s. w. jetzt als ruchlose Ketzer gebrandmarkt werden; doch muß er den älteren v. Riegger anführen, gegen dessen Orthodoxie man nicht wohl etwas einwenden kann.

Welche Ansicht man jetzt auch von der Richtigkeit jener Theorie des jus majestaticum circa sacra der Landesherren haben mag, sie war unmittelbar vor der Auflösung des deutschen Reichs in unbestrittener Geltung und, wie unter andern aus Gönner's deutschem Staatsrecht, 1805. Bd. II. S. 175 zu ersehen ist, vollständig ausgebildet, daher auch die Landesherren in ihren nach 1803 getroffenen Anordnungen für die neuerworbenen Territorien sich für berechtigt hielten, davon Anwendung zu machen, um so mehr, als manche geistliche Fürsten, wie der Churfürst von Mainz, der Fürstbischof von Würzburg, Maria Theresia und Joseph II. (der letzte sogar in radikal durchgreifender Weise) vorangegangen waren, und als auch in Frankreich die ganze alte Ordnung geändert und durch das Concordat Napoleons mit Pius VII. nicht wieder hergestellt worden war.

Die Reformen Josephs II. enthielten allerdings Eingriffe in die, namentlich seit dem Concilium Tridentinum bestehende, Verfassung der katholischen Kirche. Allein sowohl der Kaiser, wie die Staatsmänner damaliger Zeit und die mit ihm sympatisirenden, freilich nicht zahlreichen Geistlichen waren der Ansicht, daß er theils in Gemäßheit der ihm zustehenden Advocatia ecclesiastica, theils vermöge des jus cavendi die religiösen und kirchlichen Zustände so umzugestalten befugt und verpflichtet sei, wie es die Bedürfnisse seiner

Zeit verlangten. Dabei ging er von einer kirchenrechtlichen Ansicht aus, die zwar in unsern Tagen allgemein verworfen wird, aber damals für wohlbegründet gehalten wurde. Joseph II. hielt die febronischen Doctrinen für wahr, zu welchen sich auch die vier geistlichen Churfürsten bekannten, als sie (1785) die Emser Punctationen aufstellten. Der jetzt s. g. Josephinismus galt in den Augen der Aufgeklärten für eine, Kirche und Staat heilsame Revolution, und wenn auch Kaiser Leopold II. einige Anordnungen wieder aufhob, so hielt doch sowohl er, als Franz II., ja selbst Ferdinand an dem Systeme fest [5]. Man kann die drei letzten Kaiser aber keiner feindseligen Gesinnung gegen die Kirche beschuldigen [6].

§. 2. Die staatliche Organisation der Verhältnisse der katholischen Kirche im südwestlichen Deutschland seit 1803 [7].

Die Säcularisirung fast aller geistlichen Staaten Deutschlands in den Jahren 1803 und 1806 hatte nicht blos die Folge, daß die katholische Kirche ihre Reichthümer und ihre politische Macht verlor, sondern auch die, daß die säcularisirten mit den mediatisirten katholischen Ländern an weltliche Landesherren und zwar großentheils protestantische kamen. Die religiösen Zustände und die deutsche Kirchenverfassung sollte allerdings durch diese große politische Umgestaltung keine Aenderung erleiden; der Diöcesanverband sollte fortbestehen; dennoch waren Neugestaltungen in mancher Beziehung unvermeidlich.

Es fielen nämlich die säcularisirten Länder zum Theil an mehrere

5) Barth v. Barthenheim hat dasselbe dargestellt, wie es 1841 galt, in seinem Werke: Oesterreichs geistliche Angelegenheiten in politischer und administrativer Beziehung. Wien 1841.

6) Der Verfasser gibt in seiner Schrift: Die Stellung ꝛc. S. 149—170 eine genaue Uebersicht der staatlichen Verhältnisse der katholischen Kirche in den österreichischen Erblanden von der Reformation an bis 1848.

7) Zu vergleichen des Verfassers Exposé historique et raisonné du Conflit de l'Episcopat du haut Rhin etc. Bruxelles 1854. Für Württemberg: Lang's Einleitung zur Sammlung der katholischen Kirchengesetze in Bd. X. der Reyscher'schen Sammlung. Tüb. 1836.

Staaten, so daß die neuerworbenen Territorien öfters in vier bis fünf verschiedenen Diöcesen lagen, was den Verkehr der Regierungen mit den Ordinariaten sehr erschwerte. Die Bischöfe verließen nach dem Verlust ihrer Landeshoheit größtentheils ihre Bischofssitze und überließen das Kirchenregiment den General-Vicaren. Die Aufgabe der neuen Regierungen war daher eine sehr schwierige. Sie hatten die neue katholische Bevölkerung zu beruhigen, ein regelmäßig geordnetes Verhältniß mit den Ordinariaten oder Vicariaten und einen zweckmäßigen Geschäftsgang herzustellen, und sie mußten dem Reichsdeputationshauptschluß gemäß die nöthigen pecuniären Mittel schaffen, um den gewesenen Mitgliedern der Stifter und Klöster ihren Unterhalt zu sichern, die Bedürfnisse des katholischen Cultus zu befriedigen, die Besoldung der kirchlichen Behörden zu leisten und für die Erziehung und Bildung des künftigen Clerus Sorge tragen. Ueberhaupt war das Verhältniß der katholischen Kirche zu dem Staate auf eine den Fortbestand derselben und der Religion sichernde Weise festzustellen. Das letzte geschah z. B. durch das württembergische Religionsedict v. 1806, in Baden durch das ausführliche Edict, die kirchliche Staatsverfassung betr. v. 1807 (abgedruckt in Richters Kirchenrecht 2. Aufl. S. 46). Darin wurde den katholischen Unterthanen volle Gewissens- und Cultusfreiheit sowie bürgerliche und politische Gleichberechtigung mit den protestantischen Unterthanen zugesichert. So fielen die Bestimmungen des westphälischen Friedens über die Religionsausübung nach dem Normaljahr für immer hinweg. Das nicht säcularisirte Kirchengut, namentlich die Localstiftungen und die allgemeinen katholischen Kirchenfonds, deren es z. B. in Baden einige gab, wurden aber jenem Reichsgesetze und dem Reichsdeputationshauptschluß von 1803 gemäß auf's Neue gewährleistet. Für die Bestreitung der Cultus- und anderer kirchlicher Bedürfnisse wurde ein Theil des säcularisirten Kirchenvermögens verwendet, in wie weit nämlich die erhaltenen Localstiftungsfonds nicht ausreichten.

Die Hauptangelegenheit der neuen Regierungen war von Anfang an die Sorge für die Bildung des künftigen katholischen Clerus, also vor allem die Einrichtung der theologischen Studien und die Vereinfachung des Kirchenregiments in jedem Staate. Bei der Regulirung dieser Verhältnisse waren die herrschenden Theorieen über das Verhältniß von Staat und Kirche von maßgebendem

Einfluß. Dann war es und mußte es ein Bestreben der Regierungen seyn, der aus den vorhergehenden Zeiten stammenden gegenseitigen confessionellen Intoleranz entgegenzuwirken und den Religionsfrieden unter den Staatsangehörigen zu gründen oder zu befestigen. In allen diesen Beziehungen standen einige durch ihre Bildung und Wissenschaft hervorragende katholische Geistliche den Regierungen zur Seite, bemüht durch die Bildung des Volkes im besten christlichen Sinne und durch Wegräumung des nicht mehr Zeitgemäßen im Cultus die katholische Religion im Lande zu neuer Blüthe zu bringen.

Es bedurfte zur Verwaltung der katholisch kirchlichen Angelegenheiten in den meisten Ländern einer Centralbehörde. Wo dieselben von größerem Umfange waren, wie z. B. in Baden und Württemberg, wurden hierzu eigene Collegien, welche zuletzt den Namen des katholischen Oberkirchenraths erhielten, geschaffen. In Bayern bestand ein solches, mit weitgreifenden Vollmachten ausgestattetes Collegium schon seit dem Ende des sechszehenten Jahrhunderts [8]). Man wählte aus dem Kreise der Geistlichen, von welchen man sich eine heilsame Mitwirkung auf die Organisation der kirchlichen Angelegenheiten versprach, diejenigen, welche man zu diesem Berufe für besonders geeignet hielt und gesellte ihnen noch weltliche Collegen, namentlich Rechtsgelehrte bei, bei welchen man tüchtige Kenntniße des Kirchen- und Staatsrechts voraussetzte. Jemehr sich die Bischöfe von der Leitung ihrer Diöcesen zurückzogen, um so mehr war die Thätigkeit der Regierungsbehörden Bedürfniß und da diese, wie es in der Natur der Sache lag, eifrig bemüht waren, ihre Amtsgewalt mehr und mehr zu erweitern und zu verstärken, so konnte es nicht fehlen, daß nicht blos während der Rheinbundsperiode, sondern noch lange nachher, ja selbst nach der Constituirung der neuen Bisthümer, ein großer Theil des Kirchenregiments in ihren Händen lag.

Es braucht nur vorübergehend erwähnt zu werden, wie es ein erstes Geschäft der Regierungen war, die Zahl der Vicariate in ihren Ländern zu vermindern und womöglich (wie in Württemberg) auf ein General-Vicariat zurückzuführen und wie dann der staatliche Kirchenrath bemüht war, sich nicht blos durch Ausscheidung des

8) Meine Schrift: Die Stellung 2c. S. 136.

rein spirituellen, sondern auch durch gemeinschaftliche Behandlung der gemischten Angelegenheiten mit den bischöflichen Vicariaten in Einklang zu setzen, um gemeinsam das Wohl der katholischen Kirche zu fördern. Die Generalvicare von Constanz und Ellwangen (später Rottenburg) waren von den besten Gesinnungen beseelt und, wenn auch zuweilen Gegensätze vorkamen, so beeilte man sich durch Concessionen von der einen oder der anderen Seite dieselbe auszugleichen. Vor allem ließ man sich die Förderung der theologischen Studien angelegen seyn. Die Lehrstühle der theologischen Facultät in Freiburg und die neugeschaffene katholisch-theologische Lehranstalt in Ellwangen, nachher in Tübingen, wurden mit den tüchtigsten Professoren besetzt, die man fand, und es ist eine anerkannte Thatsache, daß diesen beiden Schulen die katholische Theologie ihren großartigen Aufschwung zu verdanken hat. Wie viele junge theologische Schriftsteller von Namen sind nicht in denselben gebildet worden! Auch nach dem ausgebrochenen Kirchenstreit, im Jahr 1853, hat das oberrheinische Episcopat dieses Verdienst der Regierung anerkannt. Man wird in der That nicht zuviel sagen, wenn man behauptet: die Restauration der durch die Säcularisationen von 1803—1806 zerrütteten katholischen Kirche war nicht das Werk der Träger der geistlichen Gewalt, sondern der Regierungen und die Ein- oder Uebergriffe in das Kirchenregiment größtentheils eine unvermeidliche Folge der politischen Umgestaltung Deutschlands. Jeder Unbefangene wird einsehen, daß, hätte die weltliche Macht die Sache der Kirche nicht in die Hände genommen, die Zustände viel schlimmer geworden wären. Damit ist freilich die juristische Frage noch nicht beantwortet, oder die Frage: ob die Regierungen befugt waren oder sich befugt halten konnten, so energisch einzuschreiten und aus eigener Machtvollkommenheit das ein- und auszuführen, was den kirchlichen Behörden oblag?

Behält man im Auge, daß die meisten, damals noch lebenden, Bischöfe sich ganz passiv verhielten, ja gegen die neue Ordnung der Dinge, wie natürlich, feindselig gesinnt waren; daß der Pabst gar nichts that, ja nichts thun konnte, und daß die Geldmittel in den Händen der Regierungen sich befanden, so begreift man, daß diese schon jure necessitatis die Hand anlegen und die wirren Zustände ordnen mußten. Dazu kam die mehrmals angeführte, nicht blos in Württemberg, Baden, Hessen u. s. w., sondern

namentlich in Bayern für unumstößlich gehaltene Theorie des jus majestaticum circa sacra, wonach dem Landesherrn Kirchenhoheitsrechte zustanden, vermittelst welcher er, wie schon früher die katholischen Landesherrn, in kirchlichen Angelegenheiten Alles zu ordnen für befugt galt, was das Wohl der Kirche einer- und des Staates andererseits erheischte.

Damit im Zusammenhang steht auch das sog. landesherrliche Patronatsrecht, in Folge dessen der Regent die kirchlichen Pfründen vergab, die Verleihung des Tischtitels für zu weihende Kleriker, die Anstellung der Professoren der Theologie, die Creirung der größtentheils aus kirchlichen Einkünften gebildeten allgemeinen Kirchen- oder Intercalarfonds, das Bestätigungsrecht bezüglich der von dem Ordinariat gegen Geistliche verfügten Strafen, das Recht des Placet und der Recursus ab abusu.

Man hielt sich in den kleinen Staaten Deutschlands zu alle diesem um so sicherer berechtigt, weil auch in Oesterreich und Frankreich eine totale Unterordnung der Kirche unter den Staat bestand, ohne daß der katholische Cultus und das wahrhaft Geistliche in der Kirche dadurch gehemmt waren.

Diese Ansicht theilten freilich nicht alle Katholiken — namentlich nicht einige der noch lebenden Bischöfe oder andere frühere Würdenträger der Kirche — und so kam es, daß nach der Befreiung Deutschlands von der Herrschaft Napoleons und mit der Auflösung des Rheinbundes eine, anfangs nur sehr schwache, Opposition ihre Stimme vernehmen ließ — daß man aber bald die seit 1803 bestehenden kirchlichen Zustände für provisorische ansah, welche durch eine im Einvernehmen mit dem Oberhaupte der ganzen katholischen Kirche zu machende definitive Reorganisation ersetzt werden müsse.

Ueber den Charakter dieser Reorganisation der katholischen Kirche Deutschlands waren die als Stimmführer auftretenden Männer nichts weniger als einig. Schon auf dem Congresse zu Wien standen zwei Ansichten einander gegenüber: eine durch den Generalvicar des Bisthums Constanz, Freiherr Dr. v. Wessenberg ausgesprochene progressive und andererseits eine durch den gewesenen Wormser Domherrn von Wambold und den speierischen Dompräbendar Helferich vertretene retrograde Richtung. Die letzteren verlangten, soweit es immer ausführbar wäre, eine Wiederherstellung des alten Zustandes, der erste dagegen wünschte die

Herstellung einer allgemeinen katholischen Kirche Deutschlands unter einem Primas mit der gallicanischen Kirche analogen Freiheiten [9]).

Der Kardinal Consalvi stellte sich auf die Seite der retrograden Partei und endigte bekanntlich damit, gegen die der Kirche ungünstigen Bestimmungen der Wiener Congreßakte v. 1815 im Namen des Pabstes ebenso zu protestiren, wie dieß einst gegen den westphälischen Frieden geschehen war. Der für die Schöpfung einer deutschen Nationalkirche schon redigirte Artikel (15) der deutschen Bundesakte wurde gestrichen — und die katholischen kirchlichen Angelegenheiten blieben nach wie vor Sache der einzelnen Landes-Regierungen.

Als diese nach einigen Jahren die Regulirung derselben begannen, traten die ebenbezeichneten Gegensätze abermals hervor, aber in einer etwas verschiedenen, durch die nunmehrige Gestaltung der Verhältnisse hervorgerufenen Färbung: die retrograde Richtung als sog. streng kirchlicher Ultramontanismus, die andere als nationales und Staatskirchenthum. In Bayern erhielten merkwürdigerweise beide Richtungen zugleich eine Sanktion; die erste in dem vom König Max Joseph I. mit Pius VII. den 24. Oktober 1817 geschlossenen Concordate, die andere in dem von demselben König als Theil der bayrischen Verfassungsurkunde promulgirten Edikt über die äußeren Rechtsverhältnisse des Königreichs Bayern in Beziehung auf Religion und kirchliche Gesellschaften v. J. 1818.

In den Vereinbarungen Preußens (1821) und Hannovers (1824) suchte man die Klippe zu umgehen und beschränkte sich auf die Organisation und Dotation der Bisthümer. Dagegen entspann sich zwischen den zur Bildung der oberrheinischen Kirchenprovinz vereinigten Regierungen von Württemberg, Baden, der beiden Hessen, Nassau, Weimar und Frankfurt einer- und der römischen Kurie andererseits von 1818 an ein Principienkampf, welchen jene durch das Resultat ihrer ersten Verhandlungen mit Rom in den Jahren 1821—1827 für beendigt hielten.

Die Geschichte dieser Verhandlungen ist ziemlich bekannt und wenn wir hier auf die Hauptstadien derselben aufmerksam machen, so

9) Siehe neuestes hierüber Häusser, deutsche Geschichte B. IV. (1857) S. 673—675.

geschieht dieß lediglich in der Absicht, die in ihnen zu Tage getretenen Gegensätze zum Verständniß der Gegenwart hervorzuheben. In den zu Frankfurt gehaltenen Sitzungen der Gesandten der vereinten Staaten ward ein den Absichten Wessenbergs entsprechender Organisationsplan als Declaratio principiorum der katholischen Kirche dieses Theils von Deutschland ausgearbeitet und den 24. März 1819 dem Pabste Pius VII. überreicht. Die Kurie prüfte und verwarf denselben in der sehr ausführlichen Exposizione dei Sentimenti di Sua Santita sulla Dichiarazione de Prinzipi e Stati Protestanti uniti della Confederazione germanica, aus welchem, von Paulus im Jahr 1821 in Stuttgart deutsch und italienisch veröffentlichten, Documente ersichtlich ist, in welcher Weise Rom die kirchlichen Verhältnisse in diesen Staaten geordnet haben wollte, und von der es nicht abging, auch nachdem von Seiten der Regierungen ein den Bemerkungen der Kurie gemäß modificirter Plan in einer sog. Magna Charta libertatis ecclesiae Catholicae romanae den 3. Sept. 1819 ihr vorgelegt worden war. Es blieb daher für die Regierungen nichts übrig, als sich mit der Umschreibung (Circumscriptio) der neu zu errichtenden Bisthümer, die beiden Theilen von Anfang an genehm gewesen war, zu begnügen. Die Frucht der Unterhandlungen war die Bulle Provida solersque vom 16. Aug. 1821. In Frankfurt gab man aber den Gedanken der Verwirklichung der einmal gefaßten Ideen nicht auf; nur glaubte man sie durch die neu zu ernennenden Bischöfe der oberrheinischen Kirchenprovinz ohne den Pabst ausführen zu können. Sie wurden verzeichnet in einer, den schon designirten Bischöfen vorzulegenden und von ihnen zu adoptirenden Kirchenpragmatik, die aber gleichfalls vom Pabste als schismatisch zurückgewiesen worden war [10]. Vier der designirten Bischöfe erklärten sich zur Annahme und Befolgung derselben bereit; der für Fulda bestimmte fünfte aber erklärte sich dagegen und machte von dem Vorhaben Anzeige in Rom. Die Folge hievon war, daß nicht nur die Ernennung der vier vorgeschlagenen Bischöfe verworfen, sondern der Vollzug der Bulle verweigert wurde.

Da aber dem neuen Pabst Leo XII. sehr daran lag, die wichtige Angelegenheit zu Ende zu bringen, so nahm er die Unter-

10) Den Text der geheimgehaltenen Kirchenpragmatik gab mit sie bekämpfenden Anmerkungen heraus Pfarrer Lorenz Wolf, Würzburg 1823.

handlungen wieder auf und vollzog sie in der Bulle Ad dominici gregis custodiam vom 11. April 1827, welcher zwei (der 5te und 6te) von den vereinten Regierungen nicht consentirte und in der Publicationsverordnung nicht bestätigte Artikel von großer Tragweite beigefügt wurden. (Diese Artikel waren Ausgangspunkte der später gemachten Forderungen des Episcopats und sind denn auch im Jahr 1857 in Württemberg zur Geltung gelangt.)

Indessen giengen noch immer die Regierungen von der 1818 betretenen Bahn nicht ab; sie vereinbarten unter sich die Verordnung vom 30. Januar 1830, betreffend die Ausübung des Schutz- und Aufsichtsrechts über die katholische Landeskirche, gleichsam eine Codification der in Deutschland damals herrschenden Theorie des jus circa sacra, wobei die Frankfurter Grundzüge benutzt sind. Damit wurde der Grund gelegt zu dem späteren Conflicte, der eigentlich schon den 30. Juni 1830 mit dem vom Pabst Pius VIII an die Bischöfe der oberrheinischen Kirchenprovinz erlassenen, damals als keiner Beachtung werth gehaltenen Breve begann. Die Bischöfe wurden hierin aufgefordert, Alles aufzubieten, um von den Regierungen die Zurücknahme der einseitig getroffenen, von Rom mißbilligten Bestimmungen zu erwirken [11].

§. 3. Die kirchliche Opposition und der Kirchenstreit.

Es war vorauszusehen, daß von den Freunden und Vertheidigern der „Freiheit der Kirche" ein Widerspruch gegen das angeblich vom Staat ausgehende System der Beherrschung oder „Knechtung" der Kirche erhoben werden würde. Dies geschah zuerst von Kirchenrechtslehrern, namentlich von Professor Walter, anfangs in ziemlich gemäßigter Weise. Eine Stimme gegen die Verordnung vom 30. Januar 1830 erhob in der württembergischen Kammer der ritterschaftliche Abgeordnete Baron v. Hornstein; er griff (1830 und 1833) einige Artikel der Verordnung an, unter andern den Artikel 5, wornach die Staatsgenehmigung nicht nur zur Bekanntmachung aller neu erscheinenden päbstlichen Bullen, Breven und sonstigen Erlasse, sondern auch für alle früheren päbstlichen

11) Dieses Breve ist neu abgedruckt in dem diplomatischen Anhang zu den neuesten Auflagen von Walters Kirchenrecht.

Anordnungen gefordert wurde, sobald davon Gebrauch gemacht werden wolle. — Eine Verfügung, die nach Hornstein die Geltung des gesammten Kirchenrechts von der Willkür der Regierungen abhängig machte [12]).

Indessen vergiengen sieben Jahre, während welcher die in den Staaten der oberrheinischen Kirchenprovinz, sowie die in Preußen und Hannover bestehende Ordnung der Dinge im Ganzen ungetrübt blieb. Selbst die der katholischen Kirche seit 1825 so günstigen Bewegungen und der politische Aufstand Belgiens (1830) hatte auf Deutschland nur eine geringe Rückwirkung. Die Vorsteher der Diöcesen giengen Hand in Hand mit den Regierungen; die Kirche befand sich in einer im Ganzen glücklichen Lage; namentlich entfalteten die theologischen Studien in Bonn, Breslau, Freiburg, München, Tübingen u. s. w. eine Blüthe, die früher nicht vorgekommen war. Von Tübingen ging durch Möhler die Rom und der streng confessionellen Auffassung des Katholicismus so überaus günstige Richtung aus, welche nach und nach die aller katholischen theologischen Facultäten Deutschlands wurde und die Reactionsbestrebungen auf das Mächtigste förderte. Wie diese in Folge des Cölner Ereignisses vom November 1837 plötzlich eine über alles Erwarten steigende Stärke erhielten, wie sozusagen ein neues katholisches Bewußtseyn in allen katholischen Ländern erwachte, wie Rom daraus den erwünschten Vortheil zog und wie vor allem die Frage von der bedingten oder unbedingten Einsegnung der gemischten Ehen überall Wirren hervorrief, sind allbekannte Thatsachen.

Man fing an die kirchlichen Zustände seit 1803 vom katholischen Standpunkte aus zu beleuchten und so trat, dem Vernehmen nach auf Anlaß des päbstlichen Nuntius in München, der bisher so regierungsfreundliche Bischof Keller in Rottenburg in der württembergischen Kammer (18⁴¹/₄₂) mit einer energischen Motion hervor, durch welche er die Herstellung der Kirchenfreiheit und die Einräumung der ihm vor Allem durch die Verordnung von 1830 entzogenen oder verkümmerten Episcopalrechte verlangte [13]). Es bildete sich

12) S. Lang Einleitung S. 50. 51.

13) Unter den verschiedenen Flugschriften über die katholische Kirchenfrage in Würtemberg sind hervorzuheben: 1) die actenmäßige Darstellung der Verhandlungen der württemb. Kammer der Abgeordneten über die An-

in Württemberg eine compacte katholische Parthei, desgleichen in Bayern, Baden, Preußen, — ja man kann sagen in ganz Deutschland, an deren Spitze katholische Gelehrte ersten Ranges, wie Görres, Döllinger, Phillips, Walter u. A. auch bald Staatsmänner wie v. Linde standen. Das Schlagwort der Parthei war Freiheit der Kirche; wie das ihrer in Frankreich für die Unterrichtsfreiheit kämpfenden Alliirten — la liberté comme en Belgique. In Belgien ist bekanntlich durch die Verfassung vom Februar 1831 der Kirche nicht blos die volle Selbständigkeit, sondern auch die Trennung und Unabhängigkeit vom Staate fast in so umfassender Weise, wie de la Mennais in seiner Zeitschrift l'Avenir verlangt hatte, zu Theil geworden, jedoch so, daß ihr die Staatssubvention nicht nur nicht entzogen, sondern sogar erhöht wurde.

Waren die Bestrebungen der deutschen Ultramontanen (wie man kein Bedenken trägt, sie zu nennen) vor dem Jahr 1848 nun auch nicht gerade auf die Verwirklichung kirchlicher Zustände, wie die belgischen, gerichtet, so traten doch ähnliche Ansichten auf bei dem Frankfurter Parlament und sie kamen auch in §. 14—21 der deutschen Grundrechte (Art. V. der Reichsverfassung) in soweit zur Geltung, daß den religiösen Genossenschaften volle Selbständigkeit gewährleistet wurde, jedoch vorbehältlich ihrer Unterwerfung unter die Staatsgesetze. Die Grundrechte wurden zwar nachher ausser Kraft gesetzt, aber die in denselben ausgesprochenen Grundsätze über das Verhältniß der Kirche zum Staat blieben in Geltung. Sie wurden wörtlich aufgenommen in die preußische Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 und erhielten in den Patenten des Kaisers von Oesterreich vom 4. Mai 1849 und vom 30. December 1851 eine feierliche Anerkennung. Auch der den 20. Juni 1851 den württembergischen Kammern vorgelegte revidirte Verfassungs-Entwurf enthielt in §. 46—55 sehr günstige Bestimmungen über die Freiheit der Kirche. Diese der kirchlichen Bewegung günstige Wendung wurde unterstützt, zum Theil hervorgerufen durch eine allgemeine Schilderhebung des deutschen Episcopats, welches die politische Bewegung für seine Zwecke zu benützen verstand, voran der

---

gelegenheiten der katholischen Kirche. Stuttgart, Metzler. Buchh. 1842.
2) M. J. Mack, die katholische Kirchenfrage in Württemberg. Schaffhausen. 1845.

östreichische [14]), dem einige Monate nachher (im Spätjahr 1848) 25 in Würzburg versammelte deutsche Bischöfe mit der bekannten Denkschrift folgten.

Dem Beispiele der österreichischen Bischöfe folgten ferner die den 1. — 20. October 1850 zu Freysing versammelten Erzbischöfe und Bischöfe Bayerns, um Abänderungen des Edicts von 1818 zu verlangen, endlich im März 1851 die Bischöfe der oberrheinischen Kirchenprovinz, indem sie ihre Wünsche und gegen die bestehende Ordnung der Dinge gerichteten Forderungen in einer an die Regierungen gerichteten Denkschrift motivirt zusammenstellten [15]). Auch die preußischen Bischöfe veröffentlichten schon 1849 eine Denkschrift.

Die s. g. ultramontanen Doctrinen hatten indessen die größten Fortschritte gemacht; sie wurden von Phillips in den Münchner historisch-politischen Blättern und in seinem „Kirchenrecht" verfochten und nicht minder in einer Anzahl von Flugschriften und von Monographieen verschiedener Verfasser ausgeführt. Die heftigsten Tagblätter (z. B. die Augsburger Postzeitung, das „deutsche Volksblatt" zu Stuttgart) bekämpften mit allen Waffen die immer kleiner werdende Zahl von Anhängern der alten, von ihnen zum Untergang verdammten Schultheorieen und die ihnen gemäßen kirchlichen Zustände.

Die bayrische Regierung erledigte die wichtige Angelegenheit den 2. April 1852 auf eine ziemlich glückliche Weise durch eine auf Befehl Seiner Majestät des Königs erlassene, den Vollzug des Concordats betreffende, Erklärung; sie befand sich offenbar in einer weit günstigeren Lage, als die Regierungen in der oberrheinischen Kirchenprovinz; denn die Stellung der Kirche im Staat war staatsgrundgesetzlich sanctionirt und konnte durch bloße königliche Verordnung nicht geändert werden. Sie versprach indessen (Art. 1), daß bei Auslegung und Anwendung mehrdeutiger und zweifelhafter Stellen der II. Verfassungsbeilage jene Interpretation anzunehmen

---

14) Von der kirchlichen Bewegung in Oesterreich in den Jahren 1848 und 49 und dem Erfolg derselben wird im folgenden §. 4 die Rede seyn.

15) Diese Denkschrift ist gedruckt in den von Rieß zu Stuttgart herausgegebenen kirchlich-politischen Blättern Nr. 3. 4. 5., vom 24. bis 31. Juli 1853.

sei, welche mit den Bestimmungen des Concordats übereinstimmend sei oder sich denselben nähere, und führte dies Prinzip in den folgenden 26 Paragraphen im Einzelnen auf eine Weise durch, welche das Episcopat zunächst zufrieden stellen mußte. Spätere Austrebungen desselben führten bis jetzt zu keinem weiteren Erfolge [16]. Die Regierungen der zur oberrheinischen Kirchenprovinz gehörenden Staaten nahmen offenbar die Sache zu leicht. Sie beeilten sich so wenig dem Begehren der Bischöfe Rechnung zu tragen, daß der Erzbischof von Freiburg 1852 eine Art Monitorium an sie richtete. Als sie endlich den 1. März 1853 nach wiederholt in Carlsruhe abgehaltenen Berathungen von Commissären ihre Entschließung bekannt machten, sah der Episcopat, daß dieselben den Standpunkt von 1830 festhielten und nur einige durch die Verhältnisse der Gegenwart streng gebotene Concessionen machten, welchen in jedem Lande einige weitere folgen sollten.

Diese Concessionen waren nicht durch Rechtsgründe, sondern durch Gründe der Billigkeit und der Politik motivirt. Man verkannte das eigentliche Ziel und die Tragweite der Forderungen des Episcopats — welches keine Gnadenacte verlangte, sondern einen Rechtsstreit begonnen hatte, den es mit allen ihm zuständigen Mitteln durchzuführen entschlossen war. Obwohl der angreifende Theil, war dennoch seine Lage die günstigere, indem es den Regierungen eine erfolgreiche Passivität entgegensetzen und dieselben zu einer nicht leicht durchführbaren Anwendung von Zwangsmitteln nöthigen konnte.

Es war daher auch ein gewagter Schritt des württembergischen Cultministers, die Anzeige des Bischofs zu Rottenburg v. 12. April 1853: das Episcopat sei zu einer neuen Berathung zusammengetreten und werde schon jetzt bei Führung seines Amtes sich von den verabredeten Prinzipien leiten lassen, mit jenem sofort im württembergischen Staatsanzeiger veröffentlichten Schreiben (19. April) zu beantworten, worin ein kräftiges Einschreiten der Staatsgewalt gegen

16) Ueber die Lage der Dinge in Bayern ist zu vergleichen G. Henne, die katholische Kirchenfrage in Bayern. Würzburg 1854. Unter den Belegen sind abgedruckt S. 118 die Denkschrift der 1850 in Freysing versammelten Bischöfe und S. 146 die Erklärung der Regierung, den Vollzug des Concordats betreffend.

das Auftreten der Bischöfe in Aussicht gestellt und dieses Auftreten selbst als ein entschiedener Widerstand gegen Normen bezeichnet wird, deren Rechtsbestand nicht nur in der reinen Natur der Verhältnisse von Staaten gemischter Bevölkerung, sondern auch in Deutschland im Allgemeinen, sowie in Württemberg insbesondere in Gesetz und langjährigem Herkommen begründet sei ꝛc. Daß dieses drohende Schreiben den beabsichtigten Erfolg nicht hatte und von der königlichen Regierung selbst nachher ihr Standpunkt aufgegeben wurde, wird sich aus dem Folgenden ergeben.

Der rasche Fortgang des nun sog. Kirchenstreits ist bekannt [17]). Die Petita des Episcopats wurden in seiner zweiten Denkschrift vom 18. August 1853 (dem Vernehmen nach verfaßt von dem großherzogl. hessischen Staatsrath v. Linde) mit der größtmöglichen juristischen Schärfe zu begründen und auszuführen versucht. Auch setzten der Erzbischof und jeder der vier Bischöfe ihre Forderungen noch in besonderen Denkschriften an ihre Regierungen auseinander; der von Rottenburg den 16. Juli 1853 [18]). Wie heftig der Zusammenstoß des Erzbischofs mit der badischen Regierung war, als jener über Mitglieder des katholischen Oberkirchenraths den Kirchenbann verhängte, wie es sogar zu einer Verhaftung des Erzbischofs kam — wie die badische Regierung aber Bedenken trug, weiter vorzuschreiten, und endlich durch ein provisorisches Abkommen mit Rom im Juni 1854 der Conflictbewegung Einhalt that, sind allbekannte, nur hier des Zusammenhangs wegen zu erwähnende Thatsachen.

Die Zahl der Streitschriften mehrte sich von Tag zu Tag, bis das Interesse des Publikums durch die Ereignisse des orientalischen

---

17) Eine fast vollständige Anzeige der den oberrheinischen Kirchenstreit betreffenden Schriften veröffentlichte der Verfasser in Schletter's Jahrbüchern für die deutsche Rechtswissenschaft Bd. I. S. 238—246. Er selbst schrieb im November 1853 seine Schrift: über den Conflict des Episcopats der oberrheinischen Kirchenprovinz mit den Landesregierungen in derselben und im Juli 1854 sein Exposé historique et raisonné du Conflît entre l'Episcopat et les Gouvernements des territoires composant la province du Haut-Rhin en Allemagne. Bruxelles 1854. welches keine Uebersetzung der ersteren, sondern eine selbständige, den Kirchenstreit bis April 1854 beschreibende Darstellung ist.

18) Bei Rieß kirchlich-polit. Bl. vom 18. Sept. 1853 (S. 161).

Krieges von dem unbeliebt gewordenen Kirchenstreite abgelenkt wurde.

Ein großer Vorgang mußte den Streit aber seinem Ende zuführen, nämlich das den 18. August 1855 zwischen dem Pabste und dem Kaiser Franz Joseph abgeschlossene Concordat, über welches man seit einigen Jahren schon verhandelt hatte.

Die Regierungen der oberrheinischen Kirchenprovinz sahen schon 1854 und 1855 sich genöthigt, zur Beendigung des Conflicts sich nach Rom zu wenden, also dahin, von woher der ganze Kampf angefacht worden war; allein anstatt gemeinsam zu handeln, trennten sie sich. — Württemberg war es gelungen, mit dem Bischof zu Rottenburg a/N. eine Art Waffenstillstand zu schließen [19]). Es betrieb seit 1855 seine Unterhandlungen mit dem Pabste auf das Thätigste, und so kam den 8. April 1857 die Vereinbarung des Königs mit dem heiligen Stuhle zu Stande.

§. 4. Das österreichische Concordat vom 18. August 1855.

Das österreichische Concordat vom 18. August 1855 ist nicht minder, wie die württembergische Vereinbarung von 1857, das Endergebniß einer Opposition auf dem kirchlichen Gebiete. Sie trat erst im Jahr 1848, nachdem die Presse in Oesterreich freigeworden war, hier aber um so mächtiger hervor. Es wäre wünschenswerth, über den Anfang und den Entwicklungsgang des Kampfes gegen den sog. Josephinismus nähere Aufschlüsse zu erhalten, vor Allem eine objectiv gehaltene leidenschaftslose Darstellung der Geschichte desselben. Denn was Beidtel in seinen Untersuchungen über die kirchlichen Zustände der österreichischen Monarchie (1849) und in der Schrift über den Josephinismus mittheilt, trägt einen entschiedenen Parteicharakter. Gewiß war es die Rückwir-

19) Im Staatsanzeiger vom 16. Juni 1855 findet sich hierüber folgendes: „Der nächstliegende Weg (zur Erledigung der Sache) schien eine Vereinbarung mit dem Landesbischof selbst. Eine solche kam auch schon im November 1854 zu Stande, ihrem Vollzug stellte sich aber das Hinderniß in Weg, daß zur Lösung prinzipieller Fragen rc. der heilige Stuhl nur sich selbst für competent erklärte."

kung der geschichtlichen Behandlungsweise des Kirchenrechts eines Walter, Phillips und Anderer, welche einzelne Gegner des für gänzlich unkatholisch gehaltenen, auf der Basis des aufgebauten Josephinischen Systems ermuthigte, es mit den Waffen der Wissenschaft zu bekämpfen und den streng orthodoxen kirchlichen Doctrinen größeren Eingang zu verschaffen.

Schon lange vor dem Jahr 1848 zeichneten sich u. a. Roskovany und Kutschker in dieser Beziehung aus. Die Münchner historisch-politischen Blätter, sowie andere katholische Zeitschriften, selbst Alltagsblätter, und vor Allem die kirchlichen Ereignisse in anderen deutschen Staaten seit 1837, mußten bei den Gegnern des so sehr angefochtenen Josephinismus eine von Jahr zu Jahr sich steigernde Aufregung hervorrufen und, als die große politische Bewegung Deutschlands im Jahr 1848 die bestehende Staatsordnung der Monarchie stürzte, insbesondere nach der Publikation der ersten Verfassungsurkunde Oesterreichs, als einer constitutionellen Monarchie, vom 25. April 1848, konnten die streng kirchlich Gesinnten hoffen, eine radikale Umgestaltung der kirchlichen Verhältnisse herbeizuführen. Gewiß ermuthigte sie auch die ihnen wohlbekannte Persönlichkeit des für die Freiheit der Kirche günstig gesinnten jungen Kaisers [20]).

Das erste Ergebniß der clerikalen Bewegung war ein Memorandum des Episcopats der mährischen Kirchenprovinz über die wünschenswerthe Gestaltung der Verhältnisse der katholischen Kirche in der constitutionellen Monarchie, unterzeichnet von Maximilian Joseph, Erzbischof von Ollmütz, und Anton Ernst, Bischof in

---

20) Man verdankt Dr. Moriz Brühl, einem Oesterreicher, die Veröffentlichung der wichtigsten, die kirchliche Bewegung seines Vaterlandes betreffenden Aktenstücke in der bis jetzt nicht weiter fortgesetzten Sammlung: Acta ecclesiastica, Concordate, Verträge und sonstige kirchliche Urkunden bezüglich der Verhältnisse der katholischen Kirche zu den europäischen Staaten vom Anfange des neunzehnten Jahrhunderts an. VI. Abth. Oesterreichische Monarchie, 1ste Hälfte. Mainz 1851. S. 216. — Eine kurze Notiz über Oesterreichs kirchliche Bewegung gibt C. Knies in seiner Flugschrift: Die katholische Hierarchie in den großen deutschen Staaten seit 1848. Halle 1852. S. 8—11.

Brünn (S. 1—33) (das Datum fehlt) [21]. Es wurden darin in ausführlich motivirter Weise verlangt Reformen, betreffend 1) die Bildung und Erziehung der Priesterstands-Candidaten, 2) den Religionsfond, 3) die Anstellung der Hülfsgeistlichen, 4) die Befähigung zur selbständigen Seelsorgeführung, 5) die Aufhebung des zwischen denselben ständigen Seelsorgern bestehenden Unterschiedes, 6) die Bestellung selbständiger Seelsorger, 7) die Dotation derselben, 8) die Ablösung des Zehends und anderer von den Parochieen an ihre Seelsorger zu leistenden Naturalabgaben, 9) die Fürsorge für die Deficientenpriester, 10) der freie Verkehr der Bischöfe in kirchlichen Dingen mit dem Oberhaupte der Kirche, 11) die Einführung der Synoden, Pastoralconferenzen und Priesterexercitien, 12) die unbeirrte Ausübung der kirchlichen Regierungsgewalt in kirchlichen Dingen, 13) die Umgestaltung der Gesetzgebung in Ehesachen, 14) die Verwaltung des Kirchen eigenthümlichen und Stiftungsvermögens und dessen Unantastbarkeit, 15) die Ausübung der kirchlichen Disciplinargewalt, 16) die Aufrechthaltung des Bestandes und die Wiederherstellung einer kirchlichen Richtung der geistlichen Orden, 17) die Wahrung des seelsorglichen Einflusses auf die Volksbildung in Schulen, 18) die Gestattung der freien Entwicklung frommer kirchlich approbirter Vereine unter der Leitung der Bischöfe, 19) die Beseitigung des dem Glauben und den guten Sitten abträglichen Mißbrauchs der Presse.

Auf dieses Memorandum folgte den 16. Mai 1848 eine Petition des bischöflichen Ordinariats von Linz an das Ministerium des Innern, bezüglich der neuen Regulirung des Verhältnisses der katholischen Kirche zur constitutionellen Monarchie in Oesterreich mit 16 Desiderien (p. 37—42).

Alsbald wandte man sich aber nicht mehr an das Ministerium, sondern an den Reichstag. Dieß geschah den 16. Juni von 900 Geistlichen aus den Diöcesen Seckau und Leoben (S. 42—44) und den 12. December 1848 in einer an denselben gerichteten Adresse des Episcopats der Salzburger Kirchenprovinz (S. 44—57).

Die österreichische Regierung wandte dieser wichtigen Ange-

---

21) Nach der Vorrede ist es vor der Zusammenkunft deutscher Bischöfe in Würzburg eingereicht worden.

legenheit ihre ganze Aufmerksamkeit zu. Ein als Grundgesetz anzusehendes Patent vom 4. März 1849 sanctionirt (wie schon bemerkt) die in den deutschen Grundrechten §. 14 folg. ausgesprochenen Principien, welchen gemäß eine die Freiheit und Selbständigkeit der Kirche schaffende Umgestaltung der bisherigen Ordnung der Dinge erfolgen sollte. Zur Erzielung dieses Zweckes fand auf Einladung der Regierung vom 29. April 1849 im Mai und Juni 1849 eine Versammlung der Bischöfe in Wien statt, mit welchen der Minister des Cultus und des Unterrichts, Graf Thun in Unterhandlung trat. Um die wichtigsten Punkte baldigst erledigen zu können, nahm er Specialeingaben entgegen, und zwar den 30. Mai eine einleitende Erklärung der Versammlung der Bischöfe über die dem Patente vom 4. März gemäße künftige Stellung der Kirche im Staate; den 15. Juni eine zweite über den Unterricht, insbesondere die Heranbildung der Candidaten des geistlichen Standes, den Religionsunterricht und die Volksschulen; den 16. Juni eine dritte über Verwaltung der Kirche, die geistlichen Aemter und Pfründen, das Patronatsrecht, die Pfarrconcursprüfungen; denselben Tag eine vierte über die geistliche Gerichtsbarkeit [22]).

Weitere Eingaben bezogen sich auf die Ehe, das Kirchenvermögen und das Klosterwesen. Erst im Jahr 1850 erfolgte eine Erledigung dieser ganzen Angelegenheit. Der Minister erstattete den 7—13. April 1850 darüber Vorträge an den Kaiser, worauf dieser die seitdem allgemein bekannten Verordnungen vom 18. und 23. April 1850 [23]) erließ, welche das Ministerium mit einer umfassenden Antwort auf alle von den in Wien versammelten Bischöfen gestellten Desiderien begleitete. Der Inhalt und die Tragweite der beiden Verordnungen wird darin erläutert, eine definitive Regulirung der übrigen Punkte zugesagt und zwar der wichtigsten derselben durch ein mit dem Pabst abzuschließendes Concordat.

In der ersten Verordnung ist vor Allem der freie Verkehr mit dem Pabst, sowohl der Bischöfe als der Gläubigen, eingeräumt. Das Placet wird aufgehoben und nur die Mittheilung an die Staatsbehörden bei denjenigen kirchlichen Erlassen vorgeschrieben, welche

22) Diese Eingaben sind gedruckt bei Brühl S. 57—76.

23) Gedruckt in den Anhängen zur 4ten Auflage von Richters, in der 11ten und 12ten von Walters Lehrbuch des Kirchenrechts.

äußere Wirkungen nach sich ziehen; ferner wird zugestanden die freie Ausübung der kirchlichen Strafgewalt, jedoch ohne Rückwirkung auf bürgerliche Rechte. Die Suspension und Absetzung besonders strafbarer Geistlicher wird gestattet, doch in §. 5. verordnet, daß, wenn zur Durchführung eines Straferkenntnisses die Mitwirkung der Staatsbehörden in Anspruch genommen werde, der ordnungsmäßige Vorgang der geistlichen Behörde durch Mittheilung der Untersuchungsakten nachgewiesen werden müsse.

Durch die zweite Verordnung wird die Ernennung der Professoren der Theologie und anderer katholischer Religionslehrer von der Ermächtigung des Bischofs abhängig gemacht, welcher dieselbe jederzeit wieder zurücknehmen kann. Die strengeren Prüfungen der Candidaten der theologischen Doctorwürde sollen durch eine Commission, deren Mitglieder zur Hälfte der Bischof ernennt, vorgenommen werden; auch muß der zu Promovirende vor dem Bischof das Tridentinische Glaubensbekenntniß ablegen.

Der österreichische Episcopat erließ nun eine Menge Verfügungen und Bekanntmachungen über die neue Ordnung der Dinge und führte die jetzt schon möglichen Reformen nach und nach aus [24]).

Nachdem durch die Verfassungsurkunde vom 4. März 1849 (sowie durch die deutschen Grundrechte) die freie Stellung der Kirche festgestellt war, welche der Kaiser fortbestehen lassen wollte, so versicherte er noch einmal feierlich in dem Patente vom 31. Oktober 1851 jeder in den Kronländern gesetzlich anerkannten Kirche und Religionsgesellschaft: daß er sie in dem Rechte der gemeinsamen öffentlichen Religionsübung, in selbständiger Verwaltung ihrer Angelegenheiten, ferner im Besitze und Genusse der für ihren Cultus, Unterrichts- und Wohlthätigkeitszwecke bestimmten Anstalten, Stiftungen und Fonds erhalten und schützen wolle, wobei dieselben den allgemeinen Staatsgesetzen unterworfen blieben [25]).

Der Fortbestand der gesammten josephinischen Kirchengesetzgebung war mit dem Princip der Grundrechte unverträglich, konnte

---

24) Seine Thätigkeit von 1848 an wird dargestellt in den unter Nr. III. S. 93—182 bei Brühl gedruckten Mittheilungen und Kundgebungen des Episcopats an die Geistlichkeit und die Gläubigen, betr. die mit der Staatsbehörde gepflogenen Unterhandlungen rc.

25) Gedruckt bei Walter XI. Ausgabe S. 672.

aber nur (was ja auch in dem Einführungsgesetze zu diesen und Art. 1. §. 8. der Grundrechte festgesetzt war) durch besondere Gesetze so geändert werden, wie die neue Ordnung der Dinge es verlangte. Es konnte sich nur fragen: ob Seine Majestät der Kaiser durch von ihm allein ausgehende Verordnungen dieß bewerkstelligen wollte — etwa nach abermaligen Verhandlungen mit dem Episcopat — oder ob nicht — wie der letzte und Rom so sehr wünschten — Alles vermittelst eines Concordats auf eine für die Kirche auch formell befriedigende Weise zu Ende geführt werden solle? Diese Erledigungsweise war schon in der ministeriellen Erklärung vom April 1850 zugesagt.

Die Staatsmänner Oesterreichs scheinen zwar über diese wichtige Frage nicht gleicher Ansicht gewesen zu seyn. Doch siegten die Freunde der Vereinbarung mit Rom und das Endergebniß der an vier Jahre währenden Unterhandlungen war das Concordat vom 18. August 1855 [26]). Während der ganzen Umgestaltungsperiode der kirchlichen Verhältnisse Oesterreichs ward von Seiten der sog. kirchlich Gesinnten eine ungemeine Thätigkeit entwickelt; die größeren katholischen Vereine Deutschlands hielten dort mehrere Versammlungen; katholische Kirchenblätter, seit 1854 auch eine katholische Literaturzeitung, erschienen in Wien und die ganze clerikale Presse Deutschlands unterstützte diese erfolgreichen Bestrebungen. Ein neues Lehrbuch des Kirchenrechts erschien nach dem andern — Pachmann, Eberl, Giezel u. a. wetteiferten mit einander, und als 1856 Schulte in Prag mit seinem System des katholischen Kirchenrechts hervortrat, mußte der gründlich gebildete, weitblickende Gelehrte sich schon in wichtigen Beziehungen der sich überstürzenden Strömung entgegenstellen.

Das Concordat rief im Lager der kirchlich Gesinnten einen allgemeinen Triumph hervor, fand aber in den nach innen zahlreichen Freunden der alten Ordnung, welchen der innige Verband der politischen Ordnung mit der kirchlichen höchst bedenklich und als ein Rückschritt, ja als eine Ueberlistung des jugendlichen Kai=

26) Aufschlüsse über dieselben wird wohl die Zukunft uns bringen. Die Flugschrift: Genesis des Concordats zwischen dem Kaiserthum Oesterreich und dem päbstlichen Stuhle, Leipzig 1856, S. 1—56, enthält keine, obwohl sie sich dazu den Anschein gibt.

sers erschien, entschiedene, den Abschluß desselben tief beklagende Gegner. Die sog. lieberale Presse sowohl Deutschlands, als anderer Länder erklärte das Concordat für unausführbar und sagte Manches von dem voraus, was bisher eintraf. Eine nicht unbedeutende Anzahl Flugschriften erschien im Laufe des Jahres $18^{55}/_{56}$ unter welchen freilich nur wenige wissenschaftlichen Werth haben. Unter letztern sind vor allen zu nennen: die dem geistlichen Rath Feßler in Wien zugeschriebenen Studien über das österreichische Concordat vom 18. August 1855 und die von Jacobson über das österreichische Concordat und die kirchlichen Zustände der Evangelischen in Oesterreich, Leipzig 1856.

In diesen beiden ausgezeichneten Schriften haben die 36 Artikel des österreichischen Concordats eine so ausführliche Beleuchtung erhalten, namentlich ist der geschichtliche Zusammenhang der einzelnen Bestimmungen [27]) mit den Anforderungen des österreichischen Episcopats und mit der ministeriellen Erklärung vom April 1850 von Feßler so gut hervorgehoben, daß eine eingehende Besprechung hier nicht nothwendig erscheint. Wir beschränken uns daher auf folgende Bemerkungen.

Im Eingang des Concordats und in den zwei ersten Artikeln desselben werden Beweggründe der beiden Contrahenten in Abschließung des Concordats und der Standpunkt angegeben, von welchem sie dabei ausgingen. Die hohen Contrahenten (heißt es) waren von dem Verlangen beseelt, zu bewirken: „ut fides, pietas et omnis recti honestique vigor in Austria imperio conservetur et augescat." Der Zweck, welcher sie leitete, ist der Schutz der katholischen Religion im ganzen Reiche und in allen seinen Theilen und mit allen Rechten und Privilegien, welche nach göttlicher Ordnung und den canonischen Satzungen der römisch-katholischen Kirche zukommen (Art. I). Daher zunächst die vollständige Anerkennung des Primats des Pabstes, die Gestattung des freien Verkehrs mit ihm und die wiederholte Aufhebung des Placetum (Art. II). Damit ist die dem Josephinischen System zu Grunde liegende febronianische Theorie verworfen und die weiteren Rom gemachten Zugeständniße sind nur

27) Der Verfasser dieses hat in seiner den Schletter'schen Jahrbüchern einverleibten Anzeige der Schriften über dieses Concordat in gedrängtester Kürze eine Inhaltsangabe derselben mitgetheilt. Bd. III. S. 12—18.

Consequenzen der aus jenem Prinzip sich nothwendig ergebenden Rechte. Wenn Jacobson daraus folgert, daß demgemäß der Protestantismus müsse verbannt, die Bestrafung der Ketzer durch den Staat eingeführt werden, so ist Feßler der Ansicht, daß die Repristination längst veralteter Zustände nicht entfernt im Sinne der hohen Contrahenten gelegen habe und daß das Concordat die staatliche Stellung der Protestanten in Oesterreich ebenso wenig beeinträchtigen werde, wie dies durch das bayrische von 1817 geschehen sei. Allerdings beweisen die neuesten Schritte und Anordnungen des Kaisers, daß er die protestantischen Religionsgenossenschaften so schützen wolle, wie er es in den Patenten vom 4. März 1849 und 31. December 1850 versprochen hat.

Wenn in dieser Beziehung Oesterreich noch ein paritätischer Staat genannt werden kann, so ist er doch, weil die große Mehrzahl seiner Bevölkerung katholisch ist und der katholischen Kirche die größtmögliche, von der Staatsgewalt zu unterstützende Macht gewährleistet wird, ein katholischer und die katholische die Staatsreligion, womit dann zugleich gesagt ist, daß die weltliche Gesetzgebung in steten Einklang mit der kirchlichen gebracht werden muß, was freilich in letzter Instanz die Aufhebung mancher politischen Freiheiten, namentlich die der Presse nach sich ziehen müßte. Der Verfasser der Studien erinnert auch, daß schon die erste Kundgebung des österreichischen Episcopats — das Memorandum der Bischöfe der mährischen Kirchenprovinz im Jahr 1848 — Anordnungen gegen den Mißbrauch der Presse verlangt habe. Es ist daher ganz consequent, wenn im Artikel IX des Concordats die freilich den Bischöfen von selbst zustehende Büchercensur ihnen gewährleistet wird. Das Versprechen: auch die Regierung werde durch jedes dem Zwecke entsprechende Mittel verhüten, daß derlei Bücher im Kaiserthum verbreitet werden, enthält nach Feßler (S. 53) nicht mehr, als daß die Regierung die von den Bischöfen ihr als verderblich bezeugten Bücher verbieten werde. „Es würde, sagt er, offenbar über das Concordat hinausgegangen werden, wenn die Bischöfe sich herausnehmen wollten, nicht blos die erschienenen Bücher ihrer Kritik zu unterwerfen, sondern auch eine förmlich prävenirende Censur zu üben; hierin würde zugleich eine Verletzung der staatlichen Preßgesetzgebung enthalten seyn. (Eine solche liege im Erlasse des Erzbischofs von Mailand vom 23. Decbr. 1855)". —

Daß zwischen der canonischen und der Staatsgesetzgebung ein absoluter Gegensatz besteht, springt indessen in die Augen und es wird, solange die Preßfreiheit fortdauert[28]), mehr als ein Conflict zwischen den geistlichen und weltlichen Behörden auf diesem Gebiete eintreten. Erhalten die geistlichen Verbote eine nachhaltige Wirkung bei der katholischen Bevölkerung, so wird es schwer seyn, Verleger und Drucker zu finden für Publicationen, bei welchen man eine geistliche Censur zu befürchten hat. Ist es doch neuestens dem Bischof von Bergamo gelungen, durch ein Pastoralpatent eine ihm mißliebige Zeitung zu unterdrücken. Diese Gegensätze liegen indessen in den Verhältnissen und haben, je nach der Geistesrichtung der Länder, verschiedene Folgen. In Belgien und Piemont erzeugen sie den unversöhnlichen Kampf der clericalen und liberalen Presse. Es wird sich zeigen, ob die österreichische Regierung, wenn ein gleicher Kampf dort ausbrechen sollte, das Prinzip der Preßfreiheit ohne Beschränkung gelten lassen wird oder nicht.

Der Artikel III. des Concordats, welcher für die Erlasse der Ordinarien das Placet aufhebt, ist nur eine Folge des vorhergehenden zweiten Artikels. Aber nicht blos diese Freiheit, sondern auch die vollständige Anerkennung des bisher so sehr beschränkten jus dioecesanum im Art. IV. fließt aus dem im Art. I. und II. ausgesprochenen Prinzip und realisirt die in allen Eingaben des österreichischen Episcopats enthaltenen Wünsche und Forderungen. Die Bischöfe erhalten nämlich das Recht der freien Ernennung ihrer Stellvertreter, Räthe und Gehülfen, der freien Ertheilung oder Versagung der Weihen, der Errichtung kleiner Pfründen und Pfarreien und der Aenderung der letzten nach Ausweis hinlänglicher Dotation, der Vornahme aller auch nicht wesentlichen Acte des Cultus und der Abhaltung von Provinzialconcilien und Diöcesansynoden.

Nach diesen allgemeinen Bestimmungen über die Befugnisse der geistlichen Gewalt war es nöthig, verschiedene Hauptangelegenheiten auf genauere Weise zu reguliren, und zwar zunächst in Art. V—VIII. die des Unterrichts. Hier wird das Prinzip, daß die katholische

28) Die Aufhebung derselben scheint nicht in der Absicht des Episcopats zu liegen. Dieß kann aus Art. IX der Litterae des Card. Rauscher an Card. Viale-Prela v. 18. Aug. 1855 bei Walter, 12. Ausg. S. 746 gefolgert werden. Er sagt von der früheren Censur: Revera autem censura, qualis tunc obtinebat, malo praeveniendo vel reprimendo impar plane erat.

Religion Staatsreligion und die Kirche (für die katholische Bevölkerung) Staatskirche sei, mit voller Strenge durchgeführt. Der Episcopat erhält das Recht, darüber zu wachen, daß bei keinem Lehrgegenstande etwas vorkomme, was dem katholischen Glauben zuwiderläuft (Art. V.); in den für die katholische Jugend bestimmten Gymnasien und mittleren Schulen werden nur Katholiken zu Lehrern ernannt; auch werden die Lehrbücher über die Religion von den Bischöfen vorgeschrieben (Art. VI). Der Elementarunterricht katholischer Kinder steht ganz unter der Leitung der Bischöfe, welche die Entfernung der vom rechten Pfade abirrenden Lehrer zu verlangen haben (Art. VIII). Nach Feßler S. 51 enthält dieser Artikel nichts Neues; die Versammlung der Bischöfe hatte sich über die Volksschulen befriedigt ausgesprochen, und nur die Generalisirung der bestehenden Vorschriften für alle Kronländer verlangt, was vom Kaiser zugesagt ward, und jetzt im Concordat vollzogen ist.

Der Artikel IX. enthält, der Verordnung vom 23. April gemäß, Bestimmungen über die Anstellung der Lehrer der Theologie, Katechetik, und der Religionslehre (sie hat nur nach vorangegangener, stets widerruflicher, bischöflicher Ermächtigung statt), sowie über die Ertheilung der theologischen Doctorwürde und der des canonischen Rechts durch eine zur Hälfte vom Bischof zu ernennende Prüfungsbehörde.

Die Artikel X—XVI. reguliren den Umfang der geistlichen Gerichtsbarkeit, sowohl der sog. contentiösen, wie der strafenden.

a) Das geistliche Gericht erkennt in allen sacramentalischen und folglich auch in Ehesachen. Diese Bestimmung mußte eine vollständige Aufhebung des Josephinischen Eherechts zur Folge haben, welche denn auch durch ein kaiserliches Patent vom 8. October 1856 und eine mit ihm als Beilage verbundene, schon früher vom Episcopat redigirte instructio in judiciis ecclesiasticis imperii austriaci quoad causas matrimoniales bewerkstelligt ist. Diese neue, das canonische Eherecht in Oesterreich vollständig wieder herstellende Gesetzgebung [29]) ist seit dem 1. Januar 1857 in Kraft.

---

29) Schulte hat über sie eine vortreffliche Erläuterung herausgegeben. S. darüber des Verfassers Anzeige in Schletter's Jahrbüchern. Bd. III. S. 36—38.

b) Der Art. XI. sichert dem Bischof die Disciplinargewalt über Geistliche auch rücksichtlich des decorum clericale und die Confinirung strafbarer Cleriker in Demeritenhäusern zu, und wiederholt die in der Verordnung vom 18. April enthaltenen, Aufhebung der schon vor Joseph II. eingeführt gewesenen Beschränkungen dieser bischöflichen Prärogative. (Feßler S. 58—66.)

c) Die Artikel XII—XIV. enthalten dagegen Zugeständnisse des heiligen Stuhls, dahin gehend, daß Rechtsstreite über Laienpatronate durch die bürgerlichen Gerichte entschieden werden, desgleichen alle rein bürgerlichen Sachen der Cleriker; auch die Strafgerichtsbarkeit bei gemeinen Verbrechen derselben ist den Staatsgerichten überlassen [30]). Daß der Pabst hier seine Zustimmung zu einer längst bestehenden, im Wesen des modernen Staats begründeten Ordnung der Dinge gibt, erscheint auf den ersten Anblick einerseits erniedrigend für die Souveränität, andererseits belächelnswerth, weil der Kaiser dazu keiner päbstlichen Ermächtigung bedarf. Allein da nach den ultramontanen Doctrinen die Immunität der Cleriker als ein rein kirchliches Privilegium aufgefaßt wird, das kein Katholik, ohne sich dem Kirchenbann auszusetzen, verletzen darf, so enthält die päbstliche Erklärung eine feierliche, in Form einer Concession gemachte Anerkennung der Staatsgesetzgebung, ohne daß dem Prinzip der Kirche dadurch zu nahe getreten wird. Ein katholischer Monarch konnte hiergegen nichts einzuwenden haben. Seine Gesetzgebung erhält dadurch zugleich ihre kirchliche Sanction und Legitimität. Auch der strengste Katholik ist nun nicht mehr befugt, sich über die Aufhebung jener Immunität zu beklagen. Roma locuta est, causa finita est.

d) Im Art. XV. wird das Asylrecht der Kirchengebäude, so weit es die öffentliche Sicherheit und die Forderungen der Gerechtigkeit gestatten, anerkannt. Demgemäß wird eine Revision der früheren Gesetze, namentlich der vom Jahr 1775, nöthig werden.

e) Der Art. XVI. enthält mitten in einer Bestimmung über

---

30) Art. XIV a. E. enthält folgende Restriction: „In den Verfügungen dieses Artikels sind jene Rechtsfälle, über welche das Concilium zu Trient (Sess. 24. c. 5) verordnet hat, keineswegs anzuwenden. Für Behandlung derselben (d. h. für den Fall eines durch einen Bischof begangenen Verbrechens) werden der heil. Vater und Se. Majestät, so es nöthig seyn sollte, Sorge tragen."

den den Geistlichen in der Ausübung ihres Amtes von den Staatsbehörden zu leistenden Schutz zugleich das Versprechen der staatlichen Hülfsleistung zum Vollzug der vom Bischof wider pflichtvergessene Geistliche gefällten Strafurtheile. Es kann dies nur eine Bezugnahme auf die §. 4. und 5. der kirchlichen Verordnung vom 18. April 1850 seyn: so daß diese, namentlich die in §. 5 bezeichneten Bedingungen der Mitwirkung der Staatsbehörden zur Durchführung von Straferkenntnissen, in Kraft bleiben [31]).

Der Art. XVII. ertheilt den Bischöfen das Recht der Errichtung, Organisirung und Leitung der Seminarien in Gemäßheit der Verordnung des Concilium Tridentinum und sichert das Fortbestehen der schon vorhandenen zu.

Die Artikel XVIII—XXIII enthalten Bestimmungen über die Errichtung neuer Diöcesen, und Grenzbeschreibung der bestehenden; über das dem Kaiser schon längst zustehende Ernennungsrecht der Bischöfe, den von ihnen dem Kaiser zu leistenden Eid, die Erbfolge in ihr Vermögen, die Ernennung der Bischöfe, die Organisation der Domkapitel u. s. w. — alles dem canonischen Recht und den Satzungen des Tridentinum gemäß. Die Art. XXIV—XXVII beziehen sich auf die Vergebung der Pfarreien: es sollen diese nur an solche übertragen werden, welche die dem Tridentinum gemäß schon seit 1853 organisirte Concursprüfung bestanden haben; geistliche Patrone haben Einen aus dreien zu präsentiren, welche der Bischof in der oben bezeichneten Weise vorschlägt. Für alle Canonicate und Pfarreien, welche dem auf dem Religions- oder Studienfonde beruhenden Patronatrecht unterstehen, ertheilt der Pabst dem Kaiser das Präsentationsrecht — jedoch nur so, daß aus dreien vom Bischof für würdig erachteten Candidaten Einer vorzuschlagen ist (Art. XXV). Der Kaiser verspricht die Ausstattung der noch nicht mit einer genügenden Congrua versehenen Pfarreien (Art. XXVI.) wenn sie nicht Patronatpfarreien sind. Den Pfründnern steht das Verwaltungsrecht des Pfründevermögens schon in Kraft kirchlicher Einsetzung zu, welche ganz den Kirchengesetzen gemäß, vorzunehmen ist (Art. XXVII). Die bisher üblich gewesene s. g. Temporalinstitution der Pfründner wird daher aufhören.

---

31) Dieß sagt auch Card. Rauscher im §. 13 seiner Litterae etc.

Von größter Wichtigkeit sind die Bestimmungen des Art. XXVIII. Dadurch wird das, durch Joseph II. aufgehobene, Subordinations-Verhältniß der in Oesterreich bestehenden religiösen Orden zu den in Rom domiciliirten Ordensgeneralen wieder hergestellt, desgleichen die volle Geltung aller Ordensregeln (daher auch die Ablegung von Gelübden ewiger Keuschheit). Alle von der Kirche autorisirten Orden und Congregationen können Klöster in Oesterreich gründen, jedoch wird die Zustimmung der Regierung vorbehalten.

Die Artikel XXVIII—XXXIII beziehen sich auf den Erwerb und die Verwaltung des Kirchenvermögens.

a) Durch Art. XXVIII wird das freie Erwerbungsrecht der Kirche gewährleistet — und sollen nach Feßler S. 158 damit die Amortisationsgesetze antiquirt seyn. (?)

b) Die Verwaltung der Kirchengüter wird von denjenigen geführt, welchen sie nach den canonischen Gesetzen zusteht; doch können sie ohne Ermächtigung des Pabstes und der Staatsbehörde weder verkauft, noch mit beträchtlichen Lasten beschwert werden. Art. XXX.

c) Die Güter der Religions- und Studienfonds sind Kirchenvermögen und werden im Namen der Kirche verwaltet. Das Nähere hierüber, sowie über die Verwendung der Kirchengüter soll durch Vereinbarung des Kaisers mit dem heiligen Stuhle festgesetzt werden. Art. XXXI.

d) Die Intercalargefälle sollen diesen Fonds zufallen, und auch in den Kronländern, wo dies noch nicht der Fall ist, Intercalarfonds geschaffen werden. Art. XXXII.

e) Art. XXXIII genehmigt der Pabst die schon vollzogene Zehentablösung; wo der Zehent noch besteht, soll er ferner eingefordert werden können.

Art. XXXIV bestimmt, daß alle, die kirchlichen Personen und Sachen betreffenden Angelegenheiten, soweit davon im Concordat keine Erwähnung geschieht, zu behandeln seien juxta Ecclesiae doctrinam et vigentem ejus disciplinam a Sancta sede adprobatam.

Art. XXXV werden alle mit der Vereinbarung im Widerspruch stehenden Gesetze, Verordnungen u. s. w. als aufgehoben erklärt, mit dem Beifügen, daß etwaige Schwierigkeiten in der Ausführung des Concordats durch den Pabst und den Kaiser freundschaftlich beigelegt werden sollen.

§. 5. Die württembergische Vereinbarung vom 8. April (ratificirt den 5. Juni) 1857.

Um den Inhalt, Umfang und die Tragweite der Bestimmungen des württembergischen Concordats zu verstehen, ist es nöthig, dieselben mit den von dem oberrheinischen Episcopate in seinen Denkschriften von 1851 und 1853, und von dem Bischof zu Rottenburg in seiner Eingabe vom 16. Juli 1853 gestellten Forderungen, sowie mit den von der württembergischen Regierung den 1. und 5. März jenes Jahrs gemachten Zugeständnissen zu vergleichen. Hiebei ergibt sich, daß der Episcopat nicht Alles erlangte, was er anstrebte. Uebrigens ist in der Uebereinkunft die Stellung der Partheien s. z. s. gewechselt, indem 1853 die Regierung von dem, was sie für unbestreitbares Recht hielt, ausgehend, der Kirche Concessionen machte, während jetzt umgekehrt der Pabst, den kirchlichen Standpunkt als maßgebend betrachtend, der Krone Württemberg das als Concession zugesteht, was diese von dem ihrigen aus als ihr Recht ansah. Dieser Gegensatz war nicht zu umgehen, denn der Pabst kann nun einmal vom Standpunkte und den Grundanschauungen der katholischen Kirche nicht abgehen: er formulirte die Artikel des Vertrages, welchen der König acceptirte, macht dessen Inhalt als eine von ihm ausgehende, den Bischof von Rottenburg bindende und die kirchlichen Verhältnisse in seiner Diöcese regulirende Verordnung bekannt, welcher jedoch die Regierung ihre Zustimmung gibt. Es ist nöthig, diese Lage der Sache fest im Auge zu behalten, um die eigenthümliche Fassung der Vereinbarung zu verstehen, welche der Pabst sich nicht vorschreiben lassen konnte, sondern in der bei der Curie von jeher üblichen Form herstellen ließ. Wir gehen zur Beleuchtung der Bestimmungen über, wobei wir den zwischen den beiderseitigen Bevollmächtigten festgestellten deutschen Text des Vertrages zu Grund legen.

Art. I.

In Betreff der Besetzung des bischöflichen Stuhles von Rottenburg, der Canonicate und der Präbenden an der Domkirche bleibt es lediglich bei dem mit dem heiligen Stuhle früher vereinbarten Verfahren.

Es mußte für die zu treffende Vereinbarung ein fester Ausgangspunkt genommen werden. Dieser konnte nicht der in dem

Art. 1 und 2 des österreichischen Concordats festgestellte seyn; die Convention mit dem protestantischen Fürsten konnte nicht von der Anerkennung der katholischen Religion als Staatsreligion und der ultramontanen Auffassung des Primats des Pabstes (d. h. dessen primatus jurisdictionis) ausgehen. Man bezog sich daher, und zwar aus sogleich anzugebenden Gründen, auf die Vereinbarungen von 1821 und 1827 und die Curie erklärte: daß es in Betreff der Besetzung des bischöflichen Stuhles von Rottenburg, der Canonicate und Präbenden lediglich bei dem mit dem heiligen Stuhle früher vereinbarten Verfahren verbleibe.

Es bestand nämlich rücksichtlich der Auslegung des Art. I. und IV. der Bulle ad dominici gregis custodiam zwischen der Regierung und dem Episcopat ein Zwiespalt. Die Bestimmung, daß wenn etwa auf der Candidaten-Liste für den erledigten Bischofssitz oder die erledigten Domkapitularstellen eine persona minus grata stehen würde, der Landesfürst diese Person streichen könne, wurde vom Episcopat so verstanden, daß es nicht nöthig sei, in die Liste wenigstens Einen aufzunehmen, der dem Landesherrn genehm sei, wovon dann die Folge wäre, daß der Landesfürst möglicher Weise sich mit dem unter lauter mißliebigen am wenigsten unangenehmen zufrieden geben müßte. Durch zwei Breves vom 22. März 1828 waren aber in einem vorgekommenen Falle diese Artikel von Pabst Leo XII. dahin erläutert worden: das Domcapitel habe nur solche in die Liste aufzunehmen, von welchen es vor der Wahl Kunde habe, daß sie dem Landesfürsten nicht „minder angenehm" seien. Der Episcopat bestritt gegen die hierauf sich stützende Erklärung des württembergischen Ministers vom 5. März 1853 die Anwendbarkeit dieser Auslegung in anderen Fällen, und zwar nochmals im §. 15 der Denkschrift vom 18. August 1853 S. 100—103.

Der gegenwärtige Pabst erledigt nun diesen Streitpunkt in der Instruction zum Art. I. der Vereinbarung dahin: es sei des heiligen Stuhles Absicht, daß an den apostolischen Sendschreiben, welche in der Form von Breves unterm 22. März 1828 erlassen worden, in dem Sinne festgehalten werde, welchen die Worte geben. Dieser ist nun freilich nicht der: der Bischof und das Domcapitel hätten sich vor Fertigung der Candidaten-Liste zu vergewissern, welche Candidaten dem König angenehm wären, sondern nur der, welche ihm non minus gratae — d. h. überhaupt nicht mißliebig seien. Da-

bei beruhigte sich die Regierung, indem die Bestimmungen des Fundationsinstruments §. 2 und der Verordnung vom 30. Jan. 1830 Art. 15, daß der zu wählende Bischof gewisse Eigenschaften haben müsse, und die Wahl durch eine landesherrliche Commission zu überwachen sei, aufgegeben wurden. Die beiden Breves sind nunmehr als Ergänzung der Bulle von 1827 und als Theil der Vereinbarung von 1857 anzusehen [32]).

Art. II.

Der Bischof wird, bevor er die Leitung seiner Kirche übernimmt, vor Seiner Königlichen Majestät den Eid der Treue in folgenden Worten ablegen: Ich schwöre und gelobe auf Gottes heiliges Evangelium, wie es einem Bischof geziemt, Eurer Königlichen Majestät und Allerhöchst Ihren Nachfolgern Gehorsam und Treue. Ingleichen schwöre und gelobe ich, an keinem Verkehre oder Anschlage, welcher die öffentliche Ruhe gefährdet, Theil zu nehmen, und weder inner noch ausser den Gränzen des Königreichs irgend eine verdächtige Verbindung zu unterhalten; sollte ich aber in Erfahrung bringen, daß dem Staate irgend eine Gefahr drohe, zu Abwendung derselben Nichts zu unterlassen.

Das Fundations-Instrument §. 3 und die Verordnung vom 30. Juni 1830 §. 16 hatte eine Eidesformel festgesetzt, wonach der Bischof nicht blos dem König und seinen Nachfolgern, sondern auch den württembergischen Staatsgesetzen Gehorsam und Treue schwört und verspricht. Ohne Absicht können diese Worte in der neuen Formel nicht weggelassen worden seyn. In der That hatte der Episcopat schon den 12. April 1853 in seiner Zuschrift an die Vereinsregierungen sich von dem bisherigen Eide insoweit losgesagt, als die Staatsgesetze dem unantastbaren Rechte der Kirche entgegen seien, unter dem Nothruf: es sei die Zeit gekommen, wo man Gott mehr gehorchen müsse, als den Menschen. Der Erzbischof von Freiburg erklärte mehrmals, daß in diesen Beziehungen der Eid sein Gewissen nicht binde [33]). Auch die preußischen Bischöfe hatten die Verfassung vom 31. Januar 1850 zu be-

32) Siehe die Erklärung im württemb. Staatsanzeiger v. 17. Juni 1857. S. 1222. Art. 1.

33) Die Gefährlichkeit einer Theorie dieser Art wurde in öffentlichen Blättern und in Flugschriften damals scharf hervorgehoben. Siehe die Carlsruher Zeitung vom 30. Mai 1854, und die Flugschrift: Das erzbischöfliche Gewissen. 1854.

schwören verweigert, weil sie sich dadurch möglicher Weise verpflichteten, Gesetzen zu gehorchen, welche mit ihrer bischöflichen Stellung unvereinbar oder den Rechten der Kirche zuwider seien; der Eid wurde von ihnen erst geleistet, nachdem man sie in dieser Beziehung durch die Gestattung einer Reservatio beruhigt hatte.

Der absolute Gegensatz zwischen dem jetzigen Staatsprinzip und dem der katholischen Kirche konnte formell nur durch die Weglassung jener Worte in der Eidesformel gehoben werden, und so wurde die Formel des bayrischen Concordats (Art. 15) und des österreichischen (Art. 20) aufgenommen.

Hienach wird ein Bischof durch Verletzung der Staatsgesetze zwar keinen Meineid begehen; daß er aber demungeachtet, wenn er ein solches verletzt, strafbar, ist nicht zu bezweifeln; deshalb erscheint die Weglassung jener Worte in der neuen Formel für den Staat als ungefährlich. Sie rettet die Curie und den Episcopat nur aus einer Verlegenheit, die eine der Kirche nicht übelwollende Regierung ihnen ersparen konnte, zumal schon Pius VIII. 1831 und der deutsche Episcopat 1848 das früher von de la Mennais aufgestellte Prinzip der absoluten Trennung von Kirche und Staat verworfen hatten. Auch erklärte der oberrheinische Episcopat S. 5 seiner Denkschrift von 1853, daß er sich den allgemeinen d. h. für alle Unterthanen gegebenen Gesetzen für unterworfen halte.

Art. III.

Die Königliche Regierung wird die von ihr stets anerkannte Verbindlichkeit zur realen Dotation des Bisthums erfüllen, sobald es die Verhältnisse zulassen.

Nach der päbstlichen Bulle von 1821 sollte die Dotation der Bisthümer, Kapitel und Seminarien bestehen in ständigen Gütern, Grundstücken und andern, mit Spezialhypotheken versehenen Einkünften, welche späterhin in ständige Güter und Grundstücke verwandelt (in fundos postmodum ac bona stabilia convertendis) und von ihnen als Eigenthum besessen und verwaltet werden würden. Diese Dotation ward hinsichtlich der Diöcese Rottenburg ausgeführt durch das königl. Fundationsinstrument von 1828, worin zur bleibenden Begründung des Bisthums und seiner Anstalten eine feste Ausstattung im Betrag von 49,422 fl. an Gebäuden, Grundstücken und Einkünften ausgesetzt wurde. Hinsichtlich der letzteren, welche

in Gestalt einer hypothekirten Rente auf die nächstgelegenen Cameralämter Horb und Rottenburg angewiesen wurden, behielt der König sich und seinen Nachfolgern vor, dieselben in Grundeigenthum oder in Einkünfte aus demselben umzuwandeln. Daß diese Umwandlung bis daher nicht stattgefunden, bildete eine der Beschwerden des Episcopats, welcher wiederholt §. 17 der Denkschrift von 1853 verlangte, daß die Dotation in liegenden Gründen oder auf solche radicirten Renten der Kirche zum vollen Eigenthum und zum reellen Besitze ausgeliefert werde, obgleich der württembergische Minister in §. 16 seiner Erwiderung vom 5. März 1853 ausgeführt hatte, daß die Dotation des Bisthums Rottenburg durch die Verpfändung der Domänial-Einkünfte der Cameralämter von Horb und Rottenburg hinlänglich gesichert sei. Der Pabst besteht nun einerseits auf der textuellen Erfüllung der Bulle von 1821, ist aber andererseits doch billig genug, um dieselbe nicht, wie die Bischöfe gefordert hatten, sofort zu verlangen.

Art. IV.

Zur Leitung seiner Diözese wird der Bischof die Freiheit haben, alle jene Rechte auszuüben, welche demselben in Kraft seines kirchlichen Hirtenamtes laut Erklärung oder Verfügung der heiligen Kirchengesetze nach der gegenwärtigen, vom heiligen Stuhle gutgeheißenen Disciplin der Kirche gebühren und insbesondere

a) alle Pfründen zu verleihen, mit Ausnahme von jenen, welche einem rechtmäßig erworbenen Patronatsrechte unterliegen;

b) seinen Generalvikar, die außerordentlichen Mitglieder des Ordinariats, sowie die Land-Dekane zu erwählen, zu ernennen, beziehungsweise zu bestätigen;

c) die Prüfungen für die Aufnahme in das Seminarium und für die Zulassung zu Seelsorgerstellen anzuordnen, auszuschreiben und zu leiten;

d) den Clerikern die heiligen Weihen zu ertheilen, nicht nur auf die bestehenden canonischen, sondern auch auf den von ihm selbst anzuweisenden Tischtitel hin;

e) nach den canonischen Vorschriften alles das anzuordnen, was den Gottesdienst, die kirchlichen Feierlichkeiten und diejenigen Religionsübungen betrifft, welche die Aufweckung und Befestigung des frommen Sinnes der Gläubigen zum Zwecke haben;

f) Diözesansynoden einzuberufen und abzuhalten, sowie die Provinzial-Concilien zu besuchen;

g) in seinem Kirchensprengel vom heiligen Stuhl genehmigte religiöse

Orden oder Congregationen beiderlei Geschlechts einzuführen. Jedoch wird sich der Bischof, betreffend diesen letzteren Punkt, in jedem einzelnen Fall mit der K. Regierung in's Einvernehmen setzen.

Schon 1819 hatte der päbstliche Stuhl beabsichtigt, in die von ihm auszufertigende Bulle einen Passus aufzunehmen, des Inhalts, daß der Erzbischof in seiner Diöcese und kirchlichen Provinz und die Bischöfe je in der eigenen Diöcese mit vollem Rechte die episcopalis jurisdictio ausüben werden, quae juxta canones nunc vigentes et praesentem ecclesiae disciplinam eisdem competit. Die Frankfurter Versammlung erklärte sich entschieden hiegegen, weil ja die praesens ecclesiae disciplina den Regierungen gänzlich unbekannt sei, und als später diese Formel wirklich in Art. 6 der Bulle von 1827 erschien, wurde von Seiten der württembergischen Regierung, wie vorher gesagt war, die Bestätigung des Artikels verweigert. Die Verfechter des Episcopats vertheidigten jedoch die Geltung desselben, als eines päbstlichen Befehls, und das darin ausgesprochene Prinzip als eine Hauptgrundlage der von den Bischöfen geforderten Gerechtsame.

Durch den nunmehrigen Art. IV wird die früher beanstandete Clausel Seitens der württembergischen Regierung anerkannt. Es lassen sich indessen die im Eingange des Artikels stehenden Worte: „nach der gegenwärtigen, vom heiligen Stuhle gutgeheißenen Disciplin der Kirche" auf eine Weise erklären, welche die Regierung beruhigen kann, indem sie sogar indirekt eine Rechtsansicht aussprechen, die der Behauptung des oberrheinischen Kirchen-Episcopats: das canonische Recht müsse seine volle frühere Geltung wieder erhalten, widerspricht; denn der Pabst verlangt ja nur die Befolgung der Canones adhuc vigentes, was in der Instruction (zum Art. IV) förmlich dahin erklärt wird, der Bischof dürfe niemals solche Canones erneuern, welche wegen Verschiedenheit der zeitlichen und örtlichen Verhältnisse nach der gegenwärtig geltenden und von dem apostolischen Stuhl gutgeheißenen Disciplin außer Uebung gekommen seien oder auch durch die gegenwärtige Convention eine Modification erhalten haben. Es wird durch die Formel also nur die praesens ecclesia disciplina für maßgebend erklärt, für Oesterreich die 1855, für Württemberg die 1857 geltende, also eine bestimmte Gesetzgebung, von der die Regierung sich genaue Kunde zu verschaffen im Stande seyn dürfte. Uebrigens fixirt und formulirt

der Artikel vollständiger als der Art. IV des österreichischen Concordats den Umfang und die Rechte der bischöflichen Gewalt (des jus dioeeesanum).

a) Das erste dieser Rechte, worüber seit 1830 vielfach in der oberrheinischen Kirchenprovinz zwischen den Ordinariaten und Regierungen verhandelt wurde, ist das Recht der freien Pfründen-Verleihung, welches jetzt den Bischöfen zugesprochen wird bezüglich aller Kirchenämter mit Ausnahme jener, welche einem rechtmäßig erworbenen Patronatrecht unterliegen. Dieser collatio libera stand bisher entgegen das sog. landesherrliche Patronat, kraft dessen die württembergische Regierung alle Pfarrämter und andere Pfründen, bei welchen nicht ein Privatpatronat stattfand, aus eigener Machtvollkommenheit vergab [34]). Noch in der ministeriellen Erwiederung vom 5. März 1853 §. 1 wird als Minimum für den Landesherrn die königliche Bestätigung der vom Bischof ernannten kirchlichen Beamten beansprucht und vertheidigt, weil sie ein mit öffentlicher Wirksamkeit im Staate verbundenes Amt übernähmen. Der Episcopat [35]) trat in §. 4 und 5 seiner Denkschrift vom 18. August 1853 gegen diese Ansicht auf, und verlangte die strenge Befolgung der Grundsätze des kanonischen Rechts, woran etwas zu ändern er sich nicht für befugt hielt. Allein einerseits konnte man doch das Interesse, welches der Staat dabei hat, daß die Pfarreien stets den besonders geeigneten Geistlichen verliehen werden [36]), nicht in Abrede stellen; andererseits konnte man nicht zweifelhaft seyn, daß die Mehrzahl der Pfarreien wirkliche Patronatspfründen seien.

Man durfte ferner hoffen, daß wenn der Pabst diese Streitfrage zu entscheiden haben würde, er einer Aeußerung in dem Exposizione dei Sentimenti von 1819 gemäß, dem Landesherrn eine ausschließende Stimme (jus dandi exclusivam) bei Besetzung der Pfarrstellen gestatten werde, wie er diese in Oesterreich früher schon geübt hat [37]). Es ist erfreulich zu sehen, daß dies in der Instruction geschah, und zwar in einer die Rechte der Kirche und

---

34) s. darüber Lang, kath. Kirchengesetze Württembergs, Einl. §. 13.

35) s. die Stelle bei Rieß kirchl.-polit. Blätter S. 36.

36) Dieß wurde vom Verf. in der Schrift: über den Conflict S. 39 u. flg. vertheidigt und die Erlangung der päbstlichen Concession vorausgesetzt.

37) Rechberger, Handbuch des österreichischen Kirchenrechts. 3. Aufl. I. §. 287.

des Staates gleichmäßig sichernden Weise, indem die Instruction verheißt: „der Bischof wird kirchliche Pfründen niemals an Geistliche verleihen, welche aus erheblichen und auf Thatsachen gestützten Gründen der K. Regierung in rein bürgerlicher oder politischer Beziehung mißfällig sind. Um dieses zu erfahren, wird der Bischof bei jeder Vakatur der K. Regierung in officiöser Weise die Namen der Bewerber mittheilen, damit dieselbe binnen einer kurzen, zu vereinbarenden Frist ihre etwaigen Einwendungen geltend machen kann".

Mancher Staatsmann wird diese Concession von Seiten des Pabstes für nicht ausreichend — ja für unbedeutend halten, und nur in einem königlichen Bestätigungsrechte die nöthige Staatsgarantie finden. Allein da die nach den Kirchengesetzen dem Bischof in Fällen der Collatio plena zustehende Institutio libera dadurch aufgehoben würde, so war, zumal für einen protestantischen Landesherrn, nicht mehr zu erreichen. Die Schwierigkeit bestand, nachdem die Regierung das Staatspatronat aufzugeben entschlossen war, nur noch in der Ausscheidung derjenigen Stellen, bei welchen dem Staatsoberhaupt ein besonderer Rechtstitel zustand. Hierzu ward im Laufe der früheren Verhandlungen mit dem Bischof eine gemeinsame Commission niedergesetzt, welche den Rechtstitel bei den einzelnen Stellen zu prüfen hatte. Im Allgemeinen wurden dem Bischof die von den früheren Bischöfen, Domkapiteln, geistlichen Korporationen und Personen verliehenen, aus kirchlichen Mitteln neu errichteten oder aufgebesserten Pfründen zugeschieden, der Krone dagegen die ihr zukommenden Laienpatronate und die aus Staatsmitteln dotirten oder redotirten Stellen. Das Ergebniß war, daß von 521 zuvor von der Krone verliehenen Pfründen 337 dem Patronat der Krone verbleiben und 184 der bischöflichen Collatur zurückfallen. Indessen bildeten einen Streitpunkt diejenigen Pfründen, welche zwar von früheren geistlichen Korporationen, aber nicht vermöge eines persönlichen, sondern wahrscheinlich vermöge dinglichen Rechts verliehen worden. Während die Bevollmächtigten der Regierung das Recht der Krone als Nachfolgerin in den betreffenden Realitäten in Anspruch nahmen, behaupteten die bischöflichen Bevollmächtigten, daß jedenfalls durch die erfolgte Incorporation das Nominationsrecht in ein geistliches umgewandelt worden sei. Der „Staatsanzeiger" bemerkt hierzu: „da der Bischof sich weder zur definitiven „Regelung dieser Angelegenheit überhaupt, noch insbesondere zur

„Entscheidung über diesen bestimmten Differenzpunkt für competent „hielt, so wurde auch dieser Gegenstand, wiewohl nur als ein sepa„rater Punkt, in die Uebereinkunft mit aufgenommen. Die zweite „Beilage des Hauptvertrags enthält die Erklärung, daß der h. Stuhl „mit Rücksicht auf die abgeschlossene Convention und Umgang neh„mend von jeder Untersuchung des Werthes der inneren Gründe, „welche zur Begründung einzelner Titel für Verleihung von Bene„ficien angeführt wurden, die vereinbarte Pfründausscheidung be„stätigt habe. Nur hinsichtlich des oben erwähnten Differenzpunktes „wurde ein Compromiß beschlossen, wonach von weiteren und schwie„rigen Untersuchungen über die früheren Verhältnisse der einzelnen „in Frage kommenden Pfründen Umgang genommen und die Hälfte „derselben der Krone, die Hälfte dem Bischof zugeschieden worden „ist. Damit ist die Pfründenfrage für immer definitiv geregelt."

b) Ein zweites, dem Bischof jetzt erst eingeräumtes Recht ist die Befugniß desselben, seine Generalvicare, die außerordentlichen Mitglieder des Ordinariates, sowie die Landdecane [38]) zu ernennen, respective zu bestätigen, d. h. in dieser Ernennung von der Regierung in keiner Weise beschränkt zu seyn. Die Denkschrift von 1853 vindicirt diese freie Befugniß für den Bischof und man kann bezüglich der beiden ersten Arten von Dienern nichts dagegen einwenden, weil der Generalvicar und die außerordentlichen Mitglieder des Ordinariats keine selbständigen, sondern nur Hülfs-Beamte des Bischofs sind und dieser für ihre Gestion verantwortlich ist. Indessen enthält die Instruction den Zusatz: „Zum Generalvicar, „zu außerordentlichen Räthen und Assessoren des Ordinariates, ebenso „zum Vorstande der für die Verwaltung des Intercalarfonds be„stimmten Kommission wird der Bischof nur solche Männer auser„sehen, von denen er weiß, daß sie der K. Regierung in bürger„licher oder politischer Hinsicht nicht unangenehm sind." Wir treffen hier also dieselbe Beschränkung, wie bei den Pfarrbesetzungen. Was die Landdecane betrifft, so haben diese derzeit allerdings nicht blos kirchliche, sondern auch staatliche Geschäfte zu besorgen. Daher ist der Bischof in der Instruction angewiesen, sich über deren Wahl oder Bestätigung (hier ist eine künftige Wahl der Decane durch

38) Seit 1849 verweigerte der Bischof von Rottenburg die Betheiligung bei den Decanatswahlen.

die Geistlichen der Landkapitel in Aussicht genommen) sich mit der K. Regierung in's Einvernehmen setzen. Sollte eine Verständigung nicht erzielt werden, so würde die Regierung die staatlichen Geschäfte des Decans einem andern Geistlichen des Landcapitels übertragen [39]).

c) Nach der Verordnung vom 30. Jan. 1830 (§. 26. 27. 29. 30.) hatte der katholische Kirchenrath in Gegenwart bischöflicher Commissäre die Prüfungen für die Aufnahme der Zöglinge in das Priesterseminar, sowie der Candidaten für Seelsorgerstellen anzuordnen, auszuschreiben und zu leiten. Durch die königliche Verordnung vom 1. März 1853 §. 8. und das Ministerialschreiben vom 5. März 1853 §. 2. wurden jedoch bereits Concessionen gemacht. Hiernach sollten beide Prüfungen bischöfliche seyn, doch in Anwesenheit eines landesherrlichen Commissärs abgehalten werden, welchem ein Veto gegen die Aufnahme in das Seminar, sowie gegen die Befähigung als Pfarramtscandidat zusteht. Der Episcopat erklärte sich jedoch auf das ernstlichste gegen diese Beschränkung [40]). Der Bischof von Rottenburg hielt schon von 1849 an die Concursprüfungen nach vorhergegangener Protestation gegen das Erscheinen eines königlichen Commissärs allein ab; während er bei den Aufnahmsprüfungen sich deßhalb die Anwesenheit eines solchen gefallen ließ, weil vermittelst desselben der Regierung zugleich der Beweis der guten Verwendung des vom Staate geleisteten Aufwands für das Convict in Tübingen geliefert werde.

Man konnte freilich leicht beweisen [41]), daß der Bischof in beiden Prüfungen sich die Anwesenheit eines Regierungscommissärs — ohne Stimmrecht — gefallen lassen müsse, weil das Staatsoberhaupt offenbar schon um des ihm zukommenden ausgedehnten Patronatrechts willen ein bedeutendes Interesse hat, theils von den Prüfungsnormen, theils von der Fähigkeit der einzelnen künftigen Pfarrcandidaten Kenntniß zu nehmen. Es scheint nun aber diese Angelegenheit von Seiten der Regierung als Sache von geringer Bedeutung angesehen worden zu seyn; sie hat auf die Beschickung

---

39) Dieß Letzte hat der Verfasser schon 1848 in seiner Schrift: „Die katholische Frage" als den richtigen Ausweg vorgeschlagen.

40) Denkschrift von 1853. §. 4.

41) s. des Verfassers Schrift über den Conflict S. 43—45.

der Prüfung durch einen Commissär, „wenigstens für die Dauer der damaligen Verhältnisse ohne Bedenken" Verzicht geleistet, weil die Geistlichen des Landes fast ausnahmslos in den vom Staat unterhaltenen und mit unter seiner Aufsicht stehenden Convicten gebildet werden, die Regierung somit Gelegenheit habe, sowohl von den Studien im Allgemeinen, als von den Leistungen und dem Verhalten der einzelnen Zöglinge während ihres achtjährigen Aufenthalts in den noch immer dem Staat angehörigen Convicten sich zu vergewissern. Da übrigens das Tridentinum allgemeine Dienstprüfungen nicht kennt, sondern nur Concurse für die einzelnen Pfründen, so enthält die als Beil. I. beigefügte päbstliche Instruction einen Zusatz, wonach ein allgemeiner Concurs für die Diöcese unter den von dem heiligen Stuhl zu ertheilenden speciellen Anweisungen gestattet wird.

d) Daß in lit. d für nöthig erachtet wurde, zu erklären: dem Bischof gebühre das Recht, die heiligen Weihen zu ertheilen, nicht nur auf die bestehenden canonischen, sondern auch auf den von ihm selbst anzuweisenden Tischtitel, hat auf den ersten Anblick etwas Auffallendes. Allein auch dieser Paragraph erklärt sich geschichtlich. Bis jetzt wurden die Weihen auf einen aus den Einkünften des Intercalarfonds verabreichten sog. landesherrlichen Tischtitel ertheilt, und im ministeriellen Schreiben vom 5. März 1853 (§. 5.) wird auf dieser Einrichtung noch auf das entschiedenste bestanden. Längst hatte man aber den Charakter dieses Tischtitels als eines landesherrlichen in Abrede gestellt [42]). Der Episcopat reclamirte den Tischtitel, als einen von ihm anzuweisenden [43]), und er erlangt nun durch die Vereinbarung in dieser Beziehung alles, was er wünschte, und zwar deßhalb, weil der Intercalarfonds für reines, durch den Bischof (mit Zustimmung der Regierung) zu verwendendes Kirchengut im Art. X. derselben erklärt wird.

e) Es springt in die Augen, daß durch das lit. e eingeräumte Recht nach der Intention des Episcopats die §. 10. der Denkschrift von 1853 so dringend verlangte Befugniß, Volksmissionen, Processionen, Wallfahrten u. dgl. vornehmen zu lassen, gesichert wer-

---

42) Dieß führt auch der Verfasser in seiner Schrift über den Conflict S. 61—64 aus.

43) Denkschrift §. 7.

den sollte. Bis jetzt bedurfte es hierzu einer jedesmaligen Erlaubniß der Regierung, was in der ministeriellen Erwiderung vom 5. März 1853, §. 9. vertheidigt wird.

Das Präventivsystem ist also in dieser Beziehung abermals aufgegeben, allein die polizeiliche Ueberwachung der Volksversammlungen wird deßhalb nicht aufhören; denn es dürfte dem Bischof sehr schwer seyn, aus eigener Macht jedem möglichen Unfug vorzubeugen.

f) Nach §. 18. der Verordnung vom 30. Jan. 1830 konnten Provinzial- und Diöcesansynoden nur mit Bewilligung des Landesherrn zusammenberufen und im Beiseyn landesherrlicher Commissarien abgehalten werden; die gefaßten Beschlüsse unterlagen in gleicher Weise, wie die päbstlichen Bullen und Breven und die bischöflichen Anordnungen dem Placet. Dagegen hatte schon 1851 der Episcopat Beschwerde erhoben und die Vereinsregierungen durch §. 5. ihrer Beschlüsse vom 1. März 1853 dahin nachgegeben, daß die Nothwendigkeit des Beiseyns eines landesherrlichen Commissärs aufgehoben, auch das Placet nur in beschränkterer Weise für nöthig erklärt wurde. Der Episcopat remonstrirte hiergegen S. 92 seiner Denkschrift vom 18. August 1853; er verlangte volle Freiheit für diese Synoden und das Wegfallen des Placet für die Publication der auf denselben gefaßten Beschlüsse, weil die Provinzial- und Diöcesansynoden ein der katholischen Kirche eigenthümliches Institut und deren Abhaltung in der ordentlichen Jurisdiction des Erzbischofes, resp. Bischofs gelegen, der Kirche aber ihre Institutionen durch die Bullen von 18²¹/₂₇ gewährleistet seien, weil endlich die Bischöfe keinerlei in das Ermessen der Staatsadministration gelegte Beschränkung dieser Institutionen und Jurisdictions-Verhältnisse als zu Recht bestehend anerkennen könnten. Durch die einfache kategorische Erklärung des §. f. im Art. X: der Bischof habe das Recht, Diöcesansynoden einzuberufen und abzuhalten, sowie Provinzialsynoden zu besuchen, verbunden mit dem principiellen Wegfallen des Placet in Art. VI. sind obige Beschränkungen aufgehoben.

g) Eine der bischöflichen Forderungen (§. 11. der Denkschrift von 1853) war auf ungehinderte Zulassung des klösterlichen Lebens und der kirchlichen Vereine gerichtet. Man hatte dieses, schon 1851 gestellte Begehren dahin beantwortet, daß alle Vereine dieser Art,

wenn sie die Natur geistlicher Orden, zumal mit klösterlichen Regeln, an sich tragen, mögen für sie Corporationsrechte beansprucht werden oder nicht, die specielle Genehmigung der Regierung bedürfen. Der Episcopat vindicirte dagegen das gesetzliche freie Vereinsrecht und hielt nur für die Ertheilung der juristischen Persönlichkeit die Staatsgenehmigung für nöthig. Die Vereinbarung erklärt zwar den Bischof für berechtigt, in seinem Kirchensprengel vom heiligen Stuhle genehmigte religiöse Orden oder Congregationen beiderlei Geschlechts einzuführen; jedoch werde sich der Bischof in jedem einzelnen Falle mit der K. Regierung in's Einvernehmen setzen. Der Episcopat ist demnach mit seiner Forderung nicht durchgedrungen, indem auch für den Fall, wo ein solcher Verein sich nicht mit Corporationsrecht constituiren will, die Staatsgenehmigung zu dessen Errichtung für erforderlich erklärt wird.

Art. V.

Ueber alle kirchlichen Rechtsfälle, welche den Glauben, die Sacramente, die geistlichen Verrichtungen und die mit dem geistlichen Amte verbundenen Pflichten und Rechte betreffen, hat der Gerichtshof des Bischofs zu erkennen nach Vorschrift der Kirchengesetze und nach den Bestimmungen des Concils von Trient. Somit wird derselbe auch über Ehesachen entscheiden; jedoch bleibt das Urtheil über die bürgerlichen Wirkungen der Ehe den weltlichen Gerichten überlassen.

Deßgleichen wird der Bischof unbehindert den Wandel der Geistlichen überwachen und wo diese durch ihr Betragen oder in irgend einer andern Weise zu Ahndungen Anlaß geben, in seinem Gerichte die den kirchlichen Gesetzen entsprechenden Strafen über die Schuldigen verhängen, wobei jedoch der canonische Recurs gewahrt bleibt.

Gegen Laien, welche sich Uebertretungen kirchlicher Satzungen zu Schulden kommen lassen, steht es dem Bischof zu, die kirchlichen Censuren in Anwendung zu bringen.

Wenn gleich über das Patronatrecht das kirchliche Gericht zu entscheiden hat, so gibt doch der heilige Stuhl seine Einwilligung, daß, wenn es sich um ein Laienpatronat handelt, die weltlichen Gerichte sprechen können über die damit in Verbindung stehenden civilrechtlichen Ansprüche und Lasten, sowie über die Nachfolge in demselben; der Streit mag zwischen den wahren und angeblichen Patronen oder zwischen den Geistlichen, welche von diesen Patronen für die Pfründe bezeichnet wurden, geführt werden.

Mit Rücksicht auf die Zeitverhältnisse gibt der heilige Stuhl seine Zu-

stimmung, daß die rein weltlichen Rechtssachen der Geistlichen, wie Verträge, Schulden, Erbschaften, von dem weltlichen Gericht untersucht und entschieden werden.

Desgleichen hindert der heilige Stuhl nicht, daß Streitigkeiten über civilrechtliche Ansprüche und Lasten der Kirche und Beneficien, über Zehnten und über Kirchenbaulast von dem weltlichen Gerichte geschlichtet werden. Aus gleichem Grunde ist der heilige Stuhl nicht entgegen, daß die Cleriker wegen Verbrechen und Vergehen, wider welche die Strafgesetze des Königreichs gerichtet sind, vor das weltliche Gericht gestellt werden; jedoch liegt es diesem ob, hievon den Bischof ohne Verzug in Kenntniß zu setzen. Wenn das gegen einen Geistlichen gefällte Urtheil auf Tod oder auf Gefangenschaft von mehr als fünf Jahren lautet, so wird man jedesmal dem Bischofe die Gerichtsverhandlungen mittheilen und ihm möglich machen, den Schuldigen insoweit zu hören, als es nothwendig ist, um über die zu verhängende Kirchenstrafe entscheiden zu können. Dasselbe wird auf Verlangen des Bischofs auch dann geschehen, wenn auf eine geringere Strafe erkannt worden ist.

Am schroffesten standen noch 1853 die württembergische Regierung und der Bischof von Rottenburg rücksichtlich des Umfangs und der Anwendung der kirchlichen Strafgerichtsbarkeit über die Geistlichen einander gegenüber. Die Regierung hatte dem Bischof nur eine beschränkte Strafgerichtsbarkeit gestattet. Die Entfernung eines Geistlichen vom Amte konnte ohne die Beobachtung der §. 47 der württembergischen Verfassungsurkunde[44]) enthaltenen Bestimmungen nicht stattfinden, da dem Schlußsatz dieses Paragraphen gemäß auch die Vorsteher und übrigen Beamten der Gemeinden und anderer Körperschaften wie die Staatsdiener zu behandeln sind. Eine constante Praxis begriff unter den Vorstehern und Beamten der anderen Körperschaften auch die

44) Hienach können Staatsdiener wegen Verbrechen oder gemeiner Vergehen nur durch ein richterliches Erkenntniß entsetzt, entlassen oder removirt werden. „Es kann aber gegen dieselben wegen Unbrauchbarkeit und Dienstverfehlungen auch auf Collegialanträge der ihnen vorgesetzten Behörden und des Geheimenraths die Entlassung oder Versetzung auf ein geringeres Amt durch den König verfügt werden; jedoch hat in einem solchen Falle der Geheimerath zuvor die oberste Justizstelle gutächtlich zu vernehmen, ob in rechtlicher Hinsicht bei dem Antrage der Collegialstelle nichts zu erinnern sei. Nach diesen Grundsätzen sind auch die Vorsteher und übrigen Beamten der Gemeinden und anderer Körperschaften zu behandeln.“

kirchlichen Beamten, und obwohl in Mohls Staatsrecht, Bd. II. S. 448 diese Auslegung angefochten wurde, bestand man doch fest auf derselben. Gegen alle Strafurtheile gestattete man den dadurch betroffenen Clerikern einen Rekurs an die Landesbehörden, um so mehr, als in §. 36. der Verordnung vom 30. Jan. 1830 eine Appellatio tanquam ab abusu, wo immer ein Mißbrauch der geistlichen Gewalt stattfinde, zugesichert war.

Die Statthaftigkeit solcher Rekurse ist bekanntlich schon seit dem 14. Jahrhundert von kirchlicher Seite in Abrede gestellt; das Tridentinum bestraft den von der Entscheidung eines geistlichen Gerichts an ein weltliches appellirenden Cleriker mit der Excommunication, die vom Pabste sogar für eine Excommunicatio latae sententiae erklärt ist. Die französischen Canonisten, selbst unserer Zeit, wie früher die belgischen (besonders van Espen), ferner fast alle deutschen des vorigen und viele unseres Jahrhunderts vertheidigen dagegen (weil der Staat die Rechte aller seiner Unterthanen zu schützen habe) dieses Rekursrecht, wenigstens für Fälle, wo der Geistliche in seinen bürgerlichen Rechten, also in seiner Ehre, seiner Freiheit und seinem Vermögen verletzt werde. Der oberrheinische Episcopat trat schon in seiner ersten Denkschrift gegen diese Beschränkung der kirchlichen Disciplinargerichtsbarkeit auf und als er mit seinen Anforderungen nicht durchdrang, noch energischer in der zweiten (§. 6.). Vor allem hielt sich der Bischof von Rottenburg (s. dessen Specialeingabe §. 3.) für beschwert durch die in der ministeriellen Erwiderung vom 5. März 1853 §. 3. enthaltenen, in's kleinste Detail eingehenden Bestimmungen, wodurch, obgleich das Prinzip der bischöflichen Strafgerichtsbarkeit anerkannt, doch deren Ausübung so sehr beschränkt würde, daß dem Bischof kaum ein Minimum der Strafgerichtsbarkeit übrig bleibe — wonebst dem Verurtheilten der Rekurs gestattet, auch dem Bischof eine dem canonischen Rechte zuwiderlaufende Organisation seines Gerichtes vorgeschrieben würde [45]).

Der Pabst stellte sich nun vollständig auf Seite des Episcopats,

---

45) Daß von Seite des Staats zu viel verlangt ward, wurde vom Verfasser dieses in seiner Schrift über den Conflict S. 46—55 ausgeführt, und das von den Erzbischöfen Affre und Sibour in Paris aufgestellte System als das richtige vertheidigt.

und nach Art. V Absatz 2 der Vereinbarung wird nun künftig der Bischof **unbehindert** den Wandel der Geistlichen überwachen und, wo diese durch ihr Betragen oder in irgend einer andern Weise zu Ahndung Anlaß geben, in **seinem** Gerichte die den kirchlichen Gesetzen entsprechenden Strafen über die Schuldigen verhängen, wobei jedoch der **canonische** Rekurs gewahrt bleibt. Die Instruktion enthält indessen folgenden Zusatz zu dieser Bestimmung:

Wenn es sich bei Strafen von Geistlichen um Privation oder Suspension vom Amt, um länger dauernde Detention in einem Korrektionshause oder um größere Geldbußen handelt, so wird der Bischof von seiner Strafverfügung der K. Regierung Mittheilung machen.

Wird aber zum Vollzug kirchlicher Strafen die staatliche Mitwirkung in Anspruch genommen, so hat der Bischof der K. Regierung auf deren Verlangen die angemessenen Aufklärungen zu geben.

Es ist mit Gewißheit vorauszusagen, daß die Anwendung dieser Vorschriften nicht selten Schwierigkeiten, ja Conflicte zwischen der geistlichen Gewalt und der Regierung nach sich ziehen werde. Man fragt sich: zu welchem Zwecke soll die Regierung Kenntniß von den im ersten Zusatz aufgeführten Straferkenntnissen erhalten? Bloß um zu wissen, daß die durch sie Betroffenen — auf diese Weise gestraft wurden? Ferner: welche Art von Aufklärungen hat der Bischof der Regierung zu geben, wenn zum Vollzug kirchlicher Strafen die staatliche Mitwirkung in Anspruch genommen wird? Hat der Bischof die Prozeßacten der Regierung mitzutheilen? Ist diese befugt, die Gesetzmäßigkeit des prozessualischen Verfahrens zu untersuchen und ihre Mitwirkung zu verweigern, falls ihr dieselbe zu ermangeln scheint?

Der Episcopat sagt S. 53 seiner Denkschrift von 1853: wann die Kirche in der Lage sei, zur Vollziehung eines kirchlichen Urtheils die Hülfe des Staates anzurufen, z. B. wenn ein durch das geistliche Gericht entsetzter Pfarrer das Pfarrhaus nicht räumen, oder Papiere und Gut der Kirche nicht ausliefern wollte; da habe die Staatsbehörde nur zu untersuchen, ob wirklich dieser Pfarrer durch Urtheil des geistlichen Gerichts entsetzt, nicht aber ob das Urtheil an sich ein gerechtes ist, darüber stehe die Cognition nur den höheren geistlichen Gerichten zu. Auch wenn der Verurtheilte behauptete, daß Nullitäten im Prozeßverfahren stattgefunden, könne er seine Nullitätsbeschwerde nur bei dem geistlichen Gerichte

derselben oder der höhern Instanz, keineswegs aber bei dem Staate anbringen rc. Dieser Ansicht des Episcopats, nach welcher die Staatsgewalt zum blinden Werkzeug der geistlichen gemacht würde, kann kein unbefangener Rechtsgelehrter beistimmen [46]); und somit muß der zweite Zusatz eine andere Bedeutung haben, entsprechend der schon 1853 vom Bischof von Rottenburg §. 3 u. f. seiner Specialeingabe gegebenen Erklärung: daß im Falle der Bitte um Staatshülfe von Seite des Bischofs eine kurze Darlegung des Sachverhalts und der Gründe des richterlichen Erkenntnisses angeschlossen werden würde. Die Staatsbehörde wird aso schon hiernach wohl ermächtigt seyn, nach genommener Kenntniß der Sache die Hülfe des weltlichen Arms zu verweigern, wenn sie im Verfahren oder im Urtheil Nichtigkeitsgründe finden sollte. Allein sie ist auch aus allgemeinen Rechtsgründen verpflichtet, dieß zu thun: weil sie nicht als bloße Executivgewalt dem bischöflichen Gerichte unterworfen ist und ihr ein Recht der Cognition in allen vor sie gebrachten Sachen zusteht. Nach den im Staatsanzeiger gegebenen Erläuterungen des Art. V. der Vereinbarung (S. 1250) soll auch von Seite der K. Regierung bei den Verhandlungen mit der Curie eine ausdrückliche Verwahrung eingelegt worden seyn — indem sie den angerufenen Rechtsschutz jedem, folglich auch dem Geistlichen, offen halten müsse. Das Rekursrecht des Geistlichen gegen kirchliche Strafurtheile, wodurch er mit Suspension oder Entsetzung vom Amte, einer längeren Einsperrung in einem Korrektionshause oder einer großen Geldstrafe belegt wird, ist daher von Seite des Staats nicht in Abrede gestellt. Wäre es aber nicht zweckmäßiger gewesen, etwas Genaueres hierüber festzustellen? Jedenfalls muß dieß jetzt von Seiten der Regierung geschehen. Man könnte wohl geradezu den §. 5. der österreichischen Verordnung vom 18. April 1850 sanctioniren, der sagt: „Zur Durchführung des Erkenntnisses (der geistlichen Gewalt) kann die Mitwirkung des Staats in Anspruch genommen werden, wenn von derselben der ordnungsmäßige Vorgang der geistlichen Behörde durch Mittheilung der Untersuchungsakten nachgewiesen wird" [47]).

---

46) Dieß ist ausgeführt vom Verfasser in s. Schrift a. a. O. S. 46 folg.

47) Die bayrische Regierung hat in ihrer Anordnung vom 8. April 1851 den Recurs zugelassen:

Die bischöfliche jurisdictio contentiosa erstreckt sich nach Art. V. auf alle Rechtsfälle, welche den Glauben, die Sakramente, die geistlichen Verrichtungen und die mit dem geistlichen Amte verbundenen Pflichten und Rechte betreffen. Somit (heißt es) wird derselbe auch über Ehesachen entscheiden; jedoch bleibt das Urtheil über die bürgerlichen Wirkungen der Ehe den weltlichen Gewalten überlassen. Diese ganze Bestimmung ist allerdings dem Concil von Trient gemäß, welches ausdrücklich festsetzt, daß in Ehesachen, d. h. über Gültigkeit oder Ungültigkeit der Ehe, über die Sponsalien rc. nur das kirchliche Gericht zu entscheiden habe. Sie enthält aber eine Abrogation des in einem Theile von Württemberg, d. h. in den ehemals vorder-österreichischen Landen noch geltenden Josephinischen Eherechts. In diesem sind verschiedene canonische Ehehindernisse aufgehoben und die Civilgerichte zur Entscheidung der Ehesachen allein für competent erklärt. Da Joseph II. als weltlicher Gesetzgeber handelte, so können seine eherechtlichen Gesetze, wenn sie gleich nicht allgemeines Recht in Württemberg bilden, nur durch die gesetzgebende Gewalt wieder aufgehoben werden, also durch den König und die Kammern. Es ist diesen daher ein Gesetzentwurf hierüber vorzulegen. Da nun die württembergischen Kammern der Mehrzahl nach aus Protestanten bestehen, so wird der sonderbare Fall eintreten, daß wenn die Kammern den Regierungs-Vorlagen beistimmen, ein Theil der württembergischen Katholiken ein neues Eherecht mit Hülfe ihrer protestantischen Mitbürger erhält, während vielleicht der Fortbestand der Josephinischen Gesetzgebung den Ein-

---

a) wenn die Kirchenbehörde, ihren geistlichen Wirkungskreis überschreitend, über bürgerliche Verhältnisse urtheilt und in die Rechtssphäre des Staats übergreift;

b) wenn dieselbe ein positives Staatsgesetz verletzt;

c) wenn selbe Behufs des Vollzugs ihrer Erkenntnisse sich äußerer Zwangsmittel bedient;

d) wenn sie die Bescheidung in geistlichen Sachen anhängiger Beschwerden verzögert, den Instanzenzug hindert, oder abändernde Erkenntnisse höherer Instanzen nicht in Vollzug setzt.

Gegen die Zuläßigkeit der Recurse in solchen Fällen dürfte die Kirche nichts einzuwenden haben. Doch sind diese Bestimmungen nicht erschöpfend.

wohnern des betreffenden Landestheils genehmer wäre. Ob in dem Gesetz vom 1. Mai 1855, welches als Nothmittel die Civilehe zuläßt, der richtige Ausweg gegenüber von Conflicten mit der kirchlichen Eheordnung gefunden sei, möchte bezweifelt werden: denn es kann dem Katholiken nicht gleichgültig seyn, ob er in Fällen, wo er bisher als Katholik behandelt wurde und behandelt werden mußte, in der Folge vielleicht mit dem Kirchenbann belegt werden kann. Nach aller Wahrscheinlichkeit wird die bischöfliche Curie selbst ein Eheedict erlassen und die in Oesterreich vom Kaiser genehmigte Instruction von 1855 zum Muster nehmen, was aber der K. Regierung nicht gleichgültig seyn kann. Sie wird sich daher bei dieser Angelegenheit betheiligen müssen, um einem neuen, vielleicht noch größeren Zwiespalt vorzubeugen, als der Streit über die gemischten Ehen war. — Die allgemeine Einführung der Civilehe würde wohl alle Zerwürfnisse dieser Art unmöglich machen [48]).

Nach dem canonischen Rechte gehören auch Streitigkeiten über das Patronatrecht vor das geistliche Gericht. Die meisten derselben, ja in manchen katholischen Ländern alle, werden jetzt vor die weltlichen Gerichte gezogen. Der Pabst läßt nun aber im 4. Absatz des Art. V für Württemberg dieselbe Ausnahme zu, die in Oesterreich der Art. XII des Concordats gestattet. Er willigt ein daß, wenn es sich um ein Laienpatronat handelt, die weltlichen Gerichte sprechen können, sowohl über die damit in Verbindung stehenden civilrechtlichen Ansprüche und Lasten [49]), als auch über die Nachfolge in denselben. Durch diese Unterscheidung werden mancherlei Streitigkeiten hervorgerufen werden. Um hier nur Eines zu erwähnen: Unter den von den württembergischen Standesherren (seit 1803 resp. 1806) ausgeübten Patronatrechten befinden sich

48) Vgl. die Bemerkungen von Souchay u. Reyscher in dieser Zeitschrift Bd. XIV. S. 46 f. 84 f. Letzterer sagt: „Für den Staat giebt es nur das Dilemma: entweder nach dem Vorgang des karolingischen Rechts und der Gesetzgebung einzelner Staaten die kirchliche Einsegnung als Form der Ehe festzusetzen, dann aber auch darauf zu bestehen, daß sie ertheilt werde, wenn kein gesetzliches Hinderniß im Wege ist; oder eine bürgerliche Form vorzuschreiben, welche ohne Unterschied der Religion beobachtet werden muß, dabei aber jeder Kirche zu überlassen, ihre eigenthümlichen Gebräuche jenem Acte nachfolgen zu lassen."

49) Dies verstand sich wohl von selbst.

welche, die einst geistlichen Corporationen zustanden und in Folge des Uebergangs der säcularisirten Besitzungen (als Entschädigung für ihre anderwärts verlorenen Besitzungen) jedenfalls factisch an sie übergingen. Da nach dem Prinzip der Vereinbarung ein Laie kein anderes, als ein canonisch rechtlich erworbenes Patronatrecht haben darf, die Patronatrechte der säcularisirten Corporationen aber für erloschen galten und nur die einst realen Laienpatronate den Inhabern des säcularisirten Kirchenguts noch zustehen können: so wird der Bischof in den Fällen der letzten Art die bisher von ihnen ausgeübten Patronatrechte anzuerkennen Bedenken tragen. Es fragt sich dann a) sind die der Vereinbarung mit Rom gänzlich fremd gebliebenen Standesherrn verpflichtet, sich das vom Könige seinerseits (bezüglich der Patronatrechte der Krone) anerkannte Prinzip oder die analoge Anwendung des Artikels IV gefallen zu lassen? b) Sind sie genöthigt, die hierüber entstehenden Rechtsstreite durch das bischöfliche Gericht entscheiden zu lassen, weil der Bischof, und nicht ein anderer Laie, ihr Gegner ist, oder sind die weltlichen Gerichte competent? c) Kommt ihnen die Acquisitiv-Verjährung zu gut, da seit 1803 und 1806 schon vierzig Jahre verflossen sind, und sie nicht nur einen Rechtstitel hatten, sondern auch in gutem Glauben gewesen? Wird man auch den Erwerb katholischer Patronatrechte durch Protestanten als gültig anerkennen? [50]) Der Verfasser enthält sich, hierüber eine bestimmte Ansicht auszusprechen, zumal in vorkommenden Fällen das Factische oft maßgebend seyn wird. Ueber den Inhalt von Absatz 5 u. 6 war kein Streit, vielmehr vom Bischof zu Rottenburg das längst bestehende Recht förmlich anerkannt, nämlich: daß die rein weltlichen Rechtssachen der Geistlichen in Verträgen, Schuldsachen und Erbschaften von dem weltlichen Gericht untersucht und entschieden werden, sowie daß die Kleriker wegen gemeiner Verbrechen und Vergehen vor das weltliche Gericht gestellt werden. Es ist deßhalb befremdend, daß man diese Rechte, welche allerdings fast durchaus wörtlich auch im österreichischen Concordat Art. 13 und 14 stehen [51]), in den Vertrag aufnahm und der Supposition Raum

---

50) Bekanntlich hat sich die römische Curie in der Espozione von 1819 hiergegen ausgesprochen.

51) Artikel 13 ist wörtlich in unsern Absatz 5 übergegangen, nur spricht

gab, als ob der Staat die Zustimmung des heiligen Stuhls für Befugnisse eingeholt hätte, welche durch die in dem ganzen Staatsorganismus gegründete Ordnung der Dinge gegeben sind. Man begreift (wie in §. 4 gezeigt), daß der Pabst einem katholischen Landesherrn, der ein geborener Sohn der Kirche seyn will, eine Concession dieser Art machen konnte — vielleicht de exoneranda conscientia ihm zu machen hatte — obgleich die ultramontane Theorie, daß die Immunität der Cleriker juris divini sei, längst ihre Widerlegung gefunden hat. Allein ein protestantischer Fürst bedarf gewiß keiner Autorisation des Pabstes zu etwas, was in den Souveränitätsrechten nothwendig enthalten ist. Die Zustimmung Seiner Majestät zur Aufnahme des Inhalts der Artikel 13 und 14 des österreichischen Concordats muß daher (jedenfalls in dieser Beziehung) eine andere Bedeutung haben, als die des Kaisers von Oesterreich und eine solche möchte darin zu suchen seyn: daß die mit der Krone Württemberg vereinbarten Artikel an den Bischof, den Clerus und die Katholiken Württembergs gelangen werden und daß der Pabst für nöthig erachtete, die bestehenden Zustände des Landes anzuerkennen; was er, ausgehend von der römischen Ansicht, daß die Immunität der Cleriker ein der Kirche als solcher zukommendes Privilegium sei, in der Form einer Concession zu thun für geeignet hielt. Die päbstliche Erklärung enthält daher nur eine Injunction an die strengst Gläubigen, die staatliche Nichtachtung der geistlichen Immunität nicht als eine Rechtsverletzung der Kirche anzusehen.

Aus demselben Grunde muß auch die gleichfalls längst bestehende Einrichtung, daß Streitigkeiten über civilrechtliche Ansprüche und Lasten der Kirche und Beneficien, über Zehnten und über Kirchenbaulast von den weltlichen Gerichten geschlichtet werden, aufhören von den Strenggläubigen als eine Verletzung der kirchlichen Privilegien aufgefaßt zu werden, weil ja Seine Heiligkeit auch hiezu durch Abs. 5 des Art. V seine Zustimmung gegeben hat.

---

dieser allgemein von Verträgen, während dort von Verträgen über das Eigenthumsrecht die Rede ist. Absatz 6 ist ganz aus Art. 14 des österreichischen Concordats entlehnt, welches ausser Anderem auch noch das Versprechen der Regierung enthält, bei Verhaftung oder Gefangenhaltung eines Geistlichen die dem Stande gebührenden Rücksichten eintreten zu lassen — eine Zusicherung, welche von der württembergischen Regierung, wie es scheint, in einer besonderen Erklärung gegeben wurde.

Art. VI.

In kirchlichen Angelegenheiten wird der wechselseitige Verkehr des Bischofs, des Clerus und des Volkes mit dem heiligen Stuhl völlig frei seyn. Daher können die Belehrungen und Erlasse des Bischofs, die Actenstücke der Diöcesansynode, des Provinzialconcils und des heiligen Stuhles selbst, die von kirchlichen Angelegenheiten handeln, ohne vorgängige Einsicht und Genehmigung der Königl. Regierung veröffentlicht werden.

Der Pabst trug indessen kein Bedenken, auszusprechen (Instr. zu Art. IV):

Der Bischof wird in der hirtenamtlichen Leitung und Verwaltung seiner Diöcese jene Rechte, von welchen im ersten Absatze des Art. 4 und im Art. 6 der Convention die Rede ist, zum Heile der ihm anvertrauten Heerde also ausüben, daß er niemals solche Canones erneuern wird, welche wegen Verschiedenheit der zeitlichen und örtlichen Verhältnisse nach der gegenwärtig geltenden und von diesem apostolischen Stuhle gutgeheißenen Disciplin der Kirche außer Uebung gekommen sind, oder auch durch die nun eingegangene Convention eine Modification erhalten haben.

Wenn aber derselbe in seinem bischöflichen Amte ein Generale oder eine Verordnung zu erlassen haben wird, so soll er gleichzeitig mit der Veröffentlichung derselben ein Exemplar an die die Königliche Regiernng mittheilen.

Soweit aber seine hirtenamtlichen Anordnungen sich nicht innerhalb der rechtlichen Zuständigkeit der Kirche allein halten, sondern zugleich auf Gegenstände sich erstrecken, welche in dem Gebiete der Staatsgewalt liegen, wird der Bischof vor deren Veröffentlichung sich mit der Königl. Regierung sich in's Einvernehmen setzen.

Durch den letzten Zusatz wird unzweifelhaft das Placet in sog. gemischten Angelegenheiten aufrecht erhalten und folglich, da es schon längst in rein spirituellen nicht mehr angewendet wurde — in den jetzt bestehenden Zuständen nichts weiter geändert, als daß diese nun von Seiten Roms eine legale Anerkennung erhalten. Die gleiche Beschränkung des Placet von Seiten der Vereinsregierungen ist in §. 2 ihrer Verordnung vom 1. März 1853 enthalten, nur in einer andern Form, indem wie in der Bulle der Standpunkt der Kirche, so dort der des Staates in den Vordergrund gestellt wird [52]).

Ob der Streit damit sein Ende erreicht habe, ist eine andere Frage. Eine strenge Gränzbestimmnng zwischen geistlichen und welt-

52) Auf gleiche Weise wird die Placet-Frage im holländischen Gesetze vom 10. Sept. 1852 entschieden.

lichen Sachen läßt sich bekanntermaßen nicht geben; so daß noch immer Zweifel darüber entstehen kann: ob der Bischof eine Verordnung blos zur Kenntniß der Regierung zu bringen, oder vor deren Publication die Genehmigung derselben nachzusuchen habe? Auch aus diesem Grunde werden die absoluten Vertheidiger des Placet der neu einzuführenden Ordnung der Dinge entgegen seyn. Dabei fragt es sich, ob zur Geltung der Vereinbarung in dieser Beziehung die Zustimmung der Kammern, und zwar von ²/₃tel ihrer Mitglieder erforderlich sei, weil dadurch dem §. 72 der Verfassungs-Urkunde vom Jahr 1819 derogirt wird, welcher auf unbedingte Weise sagt: „dem Könige gebührt das oberſthoheitliche Aufsichtsrecht über die Kirchen. Vermöge desselben können die Verordnungen der Kirchengewalt ohne vorgängige Einsicht und Genehmigung des Staatsoberhauptes weder verkündet noch vollzogen werden". Der Verfasser hält es für eine fruchtlose Bemühung, die Bestimmung der Vereinbarung mit diesem Artikel in Einklang zu bringen [53]); denn derselbe ist ausnahmslos gebietend und nicht blos permissiv. Aus diesem Grunde bedurfte es schon zur legalen Geltung des §. 2 der Verordnung vom 1. März 1853 der ständischen Zustimmung; es ist jedoch nicht wohl anzunehmen, daß dieselbe versagt werde, weil in der That der Artikel 72 der Verfassungs-Urkunde nie vollständig ausgeführt wurde und nie ausführbar seyn wird, während die angeführte Bestimmung der Vereinbarung vollständig für alle Fälle ausreichen dürfte, in welchen das Staatsinteresse im Spiele ist *).

Durch den zweiten Zusatz der Instruction zu Art. IV ist der Episcopat, der für alle Fälle das Placet abgeschafft haben wollte, in seinen Anforderungen [54]) unterlegen.

Man kann übrigens die das Placet betreffende Concession der württembergischen Regierung und die Ministerial-Erklärung vom 5. März 1853 §. 8 auch so auffassen, es werde durch dieselbe das Placet zur Veröffentlichung rein kirchlicher Erlasse des Bischofs 2c.

---

53) Dieß wird versucht im Staatsanzeiger l. c. S. 1257—1258.

*) Vergl. den Zusatz der Redaction am Schlusse des Aufsatzes. R.

54) Er bekämpft S. 86—92 der Denkschrift von 1853 den §. 2 der V.O. vom 1. März 1853. — Eine Widerlegung seiner Ansichten ward versucht in des Verf. Schrift über den Conflict S. 72—77.

im Voraus ertheilt. Dies that die bayrische Regierung in §. 3 ihrer Verordnung vom 8. April 1852 für die vom Oberhirten der Kirche ausgehenden Jubiläums- und Ablaßverkündigungen und für Fastenpatente.

Art. VII.

Die religiöse Unterweisung und Erziehung der katholischen Jugend in allen öffentlichen und Privatschulen wird der Bischof gemäß der ihm eigenen Hirtenpflicht leiten und überwachen. Darum wird derselbe auch die Katechismen und Religionshandbücher bestimmen, nach denen der Unterricht zu ertheilen ist.

In den Elementarschulen ertheilt der Ortsgeistliche den Religionsunterricht; in andern Lehranstalten nur solche, denen der Bischof Ermächtigung und Sendung dazu verliehen und nicht wieder entzogen hat.

Wir kommen nun an die Unterrichtsfrage, womit sich Art. VII—IX beschäftigen. Gegen das im Eingang des Art. VII aufgestellte Prinzip läßt sich weder vom rechtlichen, noch vom politischen Standpunkt etwas einwenden. Daraus folgt aber von selbst, daß dem Bischof die Bestimmung der Religions-Lehrbücher überlassen ist. Ebenso liegt in der Natur der Sache, daß der Religionsunterricht in Elementarschulen von dem Ortsgeistlichen ertheilt wird, während in anderen Lehranstalten nur solche damit betraut werden dürfen, denen der Bischof die kirchliche Ermächtigung verliehen und nicht wieder entzogen hat. Die Regierung hat zwar in der ministeriellen Erwiederung vom 5. März 1853 die Wahl des Religionslehrers an höheren Schulen sich vorbehalten; allein ohne bischöfliche Approbation kann der Gewählte von der Wahl keinen Gebrauch machen.

Einen Einfluß auf den übrigen Volksunterricht und die Bildung der Schullehrer wollte jene Erwiederung dem Bischofe nicht einräumen, wenn schon sie anerkennt, daß das ganze Schulwesen vom Geiste des positiven Christenthums bestimmt und durchdrungen seyn müsse, — eine Forderung, welcher durch das bestehende Schulgesetz in gebührendem Maße entgegengekommen sei. Hiergegen remonstrirte der Episcopat (§. 8 und 9 seiner Denkschrift), insbesondere der Bischof von Rottenburg (§. 1 und 18 seiner Spezialeingabe), und forderte die Leitung des ganzen Volksunterrichts und daher die Bildung resp. Beibehaltung der confessionellen Schulen. Die Beilage III zu dem Vertrag enthält dißfalls den Zusatz: „Auf das

Elementarschulwesen wird dem Bischof der mit der bestehenden Gesetzgebung und der nothwendigen einheitlichen Leitung vereinbare Einfluß gewährt werden". Durch diese Concession dürfte Conflicten, wie sie in andern Ländern z. B. in Belgien nicht selten vorkommen, vorgebeugt werden. In eine Beherrschung des profanen Unterrichts kann aber der Einfluß des Bischofs nicht ausarten, weil er mit der bestehenden Schulgesetzgebung und der staatlichen Leitung desselben vereinbar seyn muß. Der katholische Oberkirchenrath behält nach wie vor diese Leitung; auch ist derselbe wohl immer mit den geeigneten Persönlichkeiten besetzt, um keine Gefahr des Rückschritts der katholischen Schulen des Landes befürchten zu müssen.

Art. VIII.

Dem Bischof wird es freistehen, Seminarien nach der Vorschrift des tridentinischen Concils zu errichten und in dieselben nach Bedürfniß und Nutzen der Diöcese Jünglinge und Knaben zur Ausbildung aufzunehmen. Diese Anstalten werden in Absicht auf Einrichtung, Unterricht, Leitung und Verwaltung der völlig freien bischöflichen Autorität unterstellt seyn. Auch die Vorsteher und Lehrer derselben wird der Bischof ernennen und, so oft er es nothwendig oder zweckdienlich findet, wieder entlassen.

So lange aber Seminarien in besagter Form nicht errichtet sind und die wesentlich aus Staatsmitteln unterhaltenen Convicte zu Ehingen, Rottweil und Tübingen fortbestehen, werden in Betreff derselben folgende Bestimmungen eingehalten werden:

a) diese Institute stehen bezüglich der religiösen Erziehung und der Hausordnung unter der Leitung und Aufsicht des Bischofs.

b) Insofern die Zöglinge dieser Institute den Unterricht an selbstständigen staatlichen Studienanstalten erhalten, stehen sie gleich den anderen Schülern unter den für diese Studienanstalten geltenden Gesetzen und dem für dieselben vorgeschriebenen Lehrplane. Sollte aber der Bischof bezüglich der Gymnasien hierin eine Aenderung für nothwendig oder zweckmäßig erachten, so wird er sich in's Einvernehmen setzen mit der Königl. Regierung, welche auch ihrerseits nichts ändern wird, ohne vorheriges Einvernehmen mit dem Bischof.

c) Vorsteher und Repetenten der genannten Institute wird der Bischof ernennen und entlassen; jedoch wird er dazu niemals solche ausersehen, von denen er weiß, daß sie der Königl. Regierung aus erheblichen und auf Thatsachen beruhenden Gründen in bürgerlicher oder politischer Hinsicht minder angenehm sind und ebenso jene entlassen, welche aus denselben Gründen nach ihrer Anstellung unangenehm geworden sind.

d) Dem Bischof steht es zu, diese Institute zu visitiren, eigene Abgeordnete den öffentlichen Prüfungen, zumal jenen für die Aufnahme neuer Zöglinge, beizugeben und sich periodische Berichte erstatten zu lassen.

e) Die Königliche Regierung wird dafür Sorge tragen, daß an den oberen Gymnasien, mit welchen die niederen Convicte verbunden sind, nach und nach nur geistliche Professoren angestellt werden.

Schon die Bulle ad dominici gregis custodiam (1827) Art. 5 verweist auf die Vorschrift des Conciliums zu Trient, welcher gemäß in dem erzbischöflichen oder bischöflichen Seminar eine der Größe und dem Bedürfnisse des Sprengels entsprechende, nach dem Ermessen des Bischofs zu bestimmende Anzahl von Clerikern unterhalten, gebildet und erzogen werden soll. Die gegenwärtige Einrichtung, wonach das bischöfliche Seminar nur die Candidaten der Priesterweihe aufnimmt, nachdem sie den theologischen Lehrkurs an der Universität vollendet und bei der Concursprüfung hinreichende Kenntnisse an den Tag gelegt haben, wurde von dem Episcopat verschiedentlich als die Anforderungen an eine clerikale Erziehung nicht befriedigend dargestellt; namentlich wurde verlangt, daß dem Bischof das Recht der Erziehung und Bildung der Cleriker, also auch die Leitung und Verwaltung von Seminarien, in vollem Umfange eingeräumt werde.

Durch die im Eingange des Artikels dem Bischof gestattete Errichtung von Seminarien, worin die künftigen Cleriker vom zwölften Lebensjahre an bis zur Priesterweihe abgesondert von der Welt erzogen und gebildet werden, ist der Kirchenvorschrift einstweilen die gewünschte formelle Anerkennung zu Theil geworden. Wer den Geist und die Einrichtung der petits seminaires in Frankreich und Belgien kennt, wird freilich nicht wünschen, daß diese Einrichtung auch auf Deutschland übertragen werde. Es war daher sehr weise, daß dem Fortbestehen der bisherigen Convicte in Ehingen, Rottweil und Tübingen (jene beide sind niedere Convicte, in Verbindung mit Gymnasien stehend, diese ein höheres Seminar für Studirende der Theologie an der Universität) von Seite Roms kein Hinderniß entgegengesetzt wurde. Die Kirche würde durch deren Aufhebung mehr verlieren als gewinnen, indem der Staat nicht verpflichtet wäre, so viel für den Unterhalt rein bischöflicher Seminarien zu verwenden, als er jetzt aus Fürsorge für das Wohl der katholischen Kirche des Landes für die von ihm errichteten Anstalten

aufwendet. Indessen ist auf so lange, als Seminarien besagter Art nicht errichtet sind, dem Bischof ein viel weiter greifender Einfluß auf die aus Staatsmitteln unterhaltenen Convicte, als bisher, zugesprochen. Diese Institute sollen künftig nicht blos bezüglich der religiösen Erziehung und der Hausordnung unter der Leitung und Aufsicht des Bischofs stehen, sondern der Bischof ernennt und entläßt auch die Vorsteher und Repetenten an diesen Anstalten (bisher wurden dieselben nach vorheriger Rücksprache mit der bischöflichen Behörde von der Regierung ernannt), nur darf er dazu niemals solche ausersehen, oder an ihrer Stelle belassen, von denen er weiß, daß sie der Regierung aus bürgerlichen oder politischen Gründen minder angenehm sind; er visitirt diese Institute, beschickt die Prüfungen, namentlich jene für die Aufnahme in dieselben, mit Commissären und kann (nach der III. Beil. zu dem Vertrag) die Entfernung eines von ihm für unwürdig erklärten Zöglings ohne Erschwerung von Seiten der Regierung erwirken. Endlich sollen an den mit den niederen Convicten zu Ehingen und Rottweil verbundenen Gymnasien künftig nur geistliche Lehrer angestellt werden, ja, wenn rücksichtlich dieser Gymnasien der Bischof eine Anordnung für nothwendig oder zweckmäßig erachtet, wird die Regierung sich mit ihm in's Einvernehmen setzen u. s. w. Diese radikale Aenderung der bisher bestehenden Einrichtungen, welchen man den glänzenden Aufschwung der Wissenschaft beim katholischen Clerus Württembergs, selbst nach der Erklärung seines Bischofs, mit zu verdanken hat, könnte der Befürchtung Raum geben, daß eine der wissenschaftlichen Bildung des Clerus (und selbst der Gymnasialbildung in den katholischen Landestheilen überhaupt) minder günstige Richtung zur Herrschaft gelangen möchte. Allein da die Convicte doch noch immer vom Staate unterhalten werden und unter seiner Oberaufsicht stehen, so wird die Regierung berechtigt seyn, ihren Einfluß gegen jede Entartung in denselben mit allen ihr zustehenden legalen Mitteln geltend zu machen.

Art. IX.

Die katholisch-theologische Facultät an der Landesuniversität steht in Bezug auf das kirchliche Lehramt unter Leitung und Aufsicht des Bischofs; demnach kann derselbe den Professoren und Docenten die Ermächtigung und Sendung zu theologischen Lehrvorträgen ertheilen und nach seinem Ermessen wieder entziehen, das Glaubensbekenntniß abnehmen, auch ihre Hefte und Vorlesebücher prüfen.

Bisher wurde — nach den organischen Bestimmungen über die Vereinigung der katholisch-theologischen Lehranstalt in Ellwangen mit der Universität Tübingen vom 22. Jan. 1818 [55]) — bei Ersetzung der Lehrstellen an der katholisch-theologischen Fakultät zuvörderst das Gutachten dieser Facultät eingeholt und sodann vor der wirklichen Ernennung von dem Ministerium mit dem Landesbischof Rücksprache genommen. Im Uebrigen genießen die Professoren dieser Fakultät gleich andern ordentlichen und außerordentlichen Professoren (seit dem Gesetz vom 30. März 1828) die Rechte von Staatsdienern und es kann daher gegen dieselben wegen Unbrauchbarkeit und Dienstverfehlungen nur auf Collegialantrag der vorgesetzten Behörde (des akademischen Senats) und des Geheimeraths die Entlassung oder Versetzung auf ein geringeres Amt durch den König verfügt werden. (Verf.-Urk. §. 47.)

Was jetzt gewährt wird, hatte der Bischof von Rottenburg im §. 7 seiner Spezialeingabe ausdrücklich verlangt, und diese Forderung wurde auch vom Episcopat S. 84 und 86 der Denkschrift von 1853 zu begründen versucht, gegen die in §. VII der ministeriellen Erwiederung vom 5. März jenes Jahres enthaltene Erklärung, worin die bestehende Einrichtung gerechtfertigt worden. Durch die neue Stellung der Professoren an der katholisch-theologischen Fakultät wird übrigens ihr Verhältniß zum Staat nicht verändert. Wenn auch dem Bischof die Aufsicht über dieselben eingeräumt ist, so können doch die Regierungen unmöglich auf eine bloße Passivität eingeschränkt werden [56]), schon deßhalb nicht, weil die theologische Fakultät ein integrirender Theil einer Staatsanstalt ist und von Staatsmitteln unterhalten wird, und weil dem Staat nicht zugemuthet werden kann, einen ihm feindseligen oder gegenüber dem Staate indifferenten Clerus zu erziehen. Aber auch das allgemeine Oberaufsichtsrecht des Staats über den öffentlichen Unterricht berechtigt ihn, auch noch ferner Kenntniß davon zu nehmen, in wie ferne dem Zwecke des öffentlichen Unterrichts an der Universität entsprochen wird. Dieses jus inspiciendi et cavendi würde auch stattfinden, wenn der Bischof den theologischen Unterricht in seinem

55) Lang, Sammlung der katholischen Kirchengesetze (Bd. X der Reyscher'schen Gesetzsammlung) S. 594.

56) Dieß führt der Verfasser aus S. 56—61 in seiner Schrift über den Conflict.

Seminar ertheilen ließe, aber freilich in der Ausübung nicht ohne Schwierigkeit seyn. Andererseits würde der Bischof, auch ohne die im Artikel IX ertheilte Concession, factisch einen großen Einfluß auf die Richtung der theologischen Studien an der Universität auszuüben im Stande seyn. Denn er könnte das Hören von Vorlesungen bei den von ihm für unkirchlich lehrend erklärten Professoren (wie anderswo, z. B. in Bonn geschah) den künftig zu weihenden Studirenden verbieten und, wann nicht Folge geleistet würde, denselben später die Ordination verweigern (wie einst der Bischof von Würzburg es that, rücksichtlich der katholischen Theologen, die bei Paulus oder Schelling Vorlesungen gehört hatten).

Aus dieser dem jus dioecesanum inhärirenden Befugniß erklärt sich auch der Zusatz in Beilage III. des Vertrags, wonach der Bischof, von dem ihm durch Ernennung des Directors und der Repetenten des Wilhelmstifts (höheren Convicts) zukommenden Rechte Gebrauch machend, das Geeignete verfügen wird, damit die Zöglinge dieser Anstalt Vorlesungen über Philosophie und Geschichte bei einem Katholiken hören können. Auch verpflichtet sich die Regierung, bei Besetzung der Lehrstühle in der philosophischen Fakultät auf diesen Gegenstand thunliche Rücksicht zu nehmen, d. h. wie der Staatsanzeiger erläutert, solche Disciplinen, bei welchen sich der confessionelle Standpunkt der Natur der Sache nach geltend machen muß (?), wie z. B. die Universalgeschichte doppelt zu besetzen.

Aus der neuen Stellung der Directoren der Convicte und der Professoren an der theologischen Fakultät in Tübingen ergibt sich die für dieselben wahrscheinlich nicht erfreuliche Folge: daß die Staatsregierung sie auf eine unwiderrufliche Weise mit Staatsdiener-Eigenschaft und Pensions-Berechtigung nicht mehr anstellen kann; denn sie darf sich nicht der Gefahr aussetzen, Zahlungen von Gehalten oder Pensionen an Solche zu leisten, welchen der Bischof die Venia docendi entzogen hat. Daß dieß der Blüthe der Fakultät nichts weniger als förderlich seyn kann, begreift sich auf den ersten Blick. Ausgezeichnete Gelehrte, namentlich des Auslandes, werden nicht leicht einen Ruf auf eine widerrufliche Lehrstelle annehmen.

Art. X.

Das Vermögen, welches die Kirche als ihr Eigenthum besitzt oder in Zukunft erwerben wird, ist beständig unverletzt zu erhalten, und wird dasselbe

ohne Zustimmung der Kirchengewalt niemals eine Veränderung oder Veräußerung erleiden, noch werden dessen Früchte zu anderen Zwecken verwendet werden; indessen unterliegt dasselbe den öffentlichen Lasten und Abgaben, sowie den übrigen allgemeinen Gesetzen des Königreichs, wie alles andere Eigenthum.

Das Kirchenvermögen wird im Namen der Kirche unter der Aufsicht des Bischofs von Jenen verwaltet, welche nach Vorschrift des canonischen Rechts oder nach dem Herkommen oder durch ein Privilegium und eine besondere Bestimmung für irgend eine milde Stiftung zu solcher Verwaltung berufen sind [57]). Alle Verwalter aber sind gehalten, auch wenn dieses auf Grund der eben angeführten Titel Andern gegenüber zu geschehen hat, zugleich auch dem Bischofe oder seinen Bevollmächtigten jährlich Rechenschaft von ihrer Verwaltung abzulegen [58]).

Mit Rücksicht auf die bestehenden Verhältnisse gibt sofort der heilige Stuhl seine Zustimmung, daß die einzelnen Kirchenfabriken, sowie die übrigen kirchlichen Localstiftungen im Namen der Kirche in der Weise auch ferner verwaltet werden, wie sie im Lande eingeführt ist; nur sollen Pfarrer und Landdecane ihre dießfallsigen Verrichtungen im Auftrag des Bischofs ausüben. Ueber die specielle Ausführung dieser Angelegenheit wird die Königl. Regierung mit dem Bischof ein Uebereinkommen treffen.

Ueberdieß willigt der heilige Stuhl ein, daß, so lange die Staatskasse zu den allgemeinen oder örtlichen Bedürfnissen der Kirche Beiträge leistet, die vacanten Pfründen und der Intercalarfonds unter der Oberleitung des Bischofs und im Namen der Kirche durch eine gemischte Commission verwaltet werden; die eine Hälfte dieser Commission erwählt der Bischof hauptsächlich aus Geistlichen, die andere die Königl. Regierung; den Vorsitz hat der Bischof oder dessen Bevollmächtigter. Die genaueren Bestimmungen werden in einem Uebereinkommen zwischen der Königl. Regierung und dem Bischofe festgesetzt werden.

Die Einkünfte des Intercalarfonds werden vor Allem stets zur Ergänzung der Pfarrgehalte bis zur Congrua, zur Anweisung von angemessenen Pensionen für alterschwache oder gebrechliche Pfründner, zu den Tischtiteln für neu zu weihende Geistliche und zu Kosten der nothwendigen ausserordentlichen Vicarien, etwaige Ueberschüsse aber nur für andere kirchliche Bedürfnisse verwendet werden.

Ueber die Erhaltung des Grundstocks, sowie über die Verwendung der Erträgnisse desselben wird die genannte Commission der Königl. Regierung stets Gewißheit geben.

57) Gegen die Einführung einer gesetzlichen Bestimmung der letzten Art fand im Juni 1857 die belgische Volksbewegung statt.

58) Dieser Zusatz enthält wieder eine indirecte Anerkennung der württembergischen Staatsgesetzgebung, wornach die Verwalter von Kirchenvermögen, gleich den Vormündern, den obervormundschaftlichen Behörden des Staats Rechnung abzulegen haben: denn dieß ist jedenfalls Herkommen.

So lange die gemischte Commission zur Verwaltung des Intercalarfonds besteht, übt diese Commission die Oberaufsicht auch über die Verwaltung der besetzten Pfründen [59]), welche deren jeweilige Inhaber nach canonischer Vorschrift zu führen haben [60]).

Die Beilage III enthält noch den Zusatz:

Die königliche Regierung wird nicht hindern, daß der Bischof einen Theil der Ueberschüsse aus den Erträgnisse des Intercalarfonds auf bischöfliche Seminarien verwende, vorausgesetzt, daß vor Allem die in der Convention festgesetzten Verbindlichkeiten des Intercalarfonds immer erfüllt seien.

Im Jahr 1851 hatte der Episcopat die Bitte gestellt, daß der Kirche das katholische Kirchenvermögen zur freien Verwaltung und Verwendung überlassen werde. Neben anderen Gründen wurde die von Evelt [61]) neuestens wieder vertheidigte, von den meisten ultramontanen Canonisten gebilligte Theorie geltend gemacht, daß alles zu Zwecken der Kirche bestimmte Vermögen Eigenthum der Einen, als alleiniges Rechtssubject anzuerkennenden katholischen Kirchengesellschaft sei. Die ministerielle Erwiederung vom 5. März 1853 §. VII weist diese offenbar unhaltbare Theorie zurück und sucht die in Württemberg größtentheils gesetzlich bestehende Ordnung der Dinge zu rechtfertigen, worauf aber in der Denkschrift von 1853 §. 19., welcher der Bischof von Rottenburg in seiner Spezialeingabe §. 17 zustimmt, behauptet wird: die Verwaltung des Kirchenguts befinde sich factisch ganz und gar in den Händen des Staates, indem a) die allerdings kirchlichen Verwaltungen der Localkirchen-Vermögen durchaus unter der Oberaufsicht des Staates stünden, der die Verwaltungsweise durch seine Verwaltungsgesetze festgestellt habe; b) der (in Württemberg ganz aus kirchlichen Gefällen gebildete) Intercalarfonds vom Staate verwaltet und, obwohl zu kirchlichen Zwecken verwendet, doch dem Bischof so gut wie kein Einfluß darauf gestattet sei, endlich c) der Staat die Verwaltung frommer Stiftungen ganz und gar unter seine Verwaltung und Disposition genommen habe. — Der vom Minister aufgestellten Behauptung, daß die bestehende Einrichtung seit einer langen Reihe von Jahren sich gut bewährt habe, wurde entgegengehalten, dieß

---

59) Jetzt stehen die Pfründen nur unter der Oberaufsicht der Staatsbehörde.

60) Hört hiemit die Anwendung des Verwaltungs-Edicts auf?

61) Die Kirche und ihre Institute auf dem Gebiete des Vermögensrechts. Soest 1845.

sei kein Rechtsgrund, das Eigenthum der Kirche durch den factischen Zustand nicht aufgehoben. Der Art. X der Vereinbarung enthält nun die Anerkennung des Prinzips, daß das Kirchenvermögen Eigenthum der Kirche sei (jedoch ohne die Approbation der Evelt'schen Theorie). Die Anerkennung des Eigenthumsrechts der Kirche an dem ihr gehörenden Vermögen war nie bestritten und in soweit enthält die Vereinbarung nichts Neues. Der letzte Satz des Artikels ist aber in sofern wichtig, als noch manche Canonisten, wie z. B. Phillips, die Besteuerung des Kirchenvermögens als ein Unrecht, ja als ein Sacrilegium angesehen wissen wollen und die Anwendung der Expropriations-Gesetze auf das Kirchengut für absolut unzulässig erklären. Durch die Gleichstellung des Kirchenvermögens mit anderem Privatvermögen wird der behaupteten Exemtion entgegengetreten.

Neu für Württemberg ist die in demselben Artikel ausgesprochene Anerkennung des, freilich von allen deutschen Kirchenrechtslehrern [62]) als geltend angenommenen, durch das Concilium Tridentinum Sess. 22. c. 9 verschärften Grundsatzes des canonischen Rechts, wornach die Verwaltung alles Kirchenvermögens der Aufsicht und Controle des Bischofs unterworfen ist. Doch geschieht diese Anerkennung auf eine die bestehende Ordnung der Dinge soviel wie möglich erhaltende Weise. Die Anwendung des Verwaltungsedicts auf die Verwaltung der Baufonds und des Localstiftungs-Vermögens besteht nach Absatz 3 fort. Was den Intercalarfonds betrifft, so ist die Aenderung der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsweise desselben eine größere. Da er als allgemeines Kirchengut angesehen wird, so hätte im Namen der Diöcese der Bischof dessen Verwaltung anzuordnen — also dessen Administratoren allein zu ernennen. Weil aber auch noch Pfarreien vom Staate unterhalten werden, so wird der Regierung eine Betheiligung hiebei zugestanden.

Zu dieser Ordnung der Dinge, die sich aus allgemeinen Grundsätzen rechtfertigen läßt [63]), war der Weg durch die ministerielle

---

62) s. Richter, Lehrbuch des Kirchenrechts. Ausgabe von 1853. §. 305. S. 674—675.

63) Der Verfasser schlug Aehnliches vor in seiner Schrift über den Conflict S. 93—94.

Erklärung vom 5. März 1853 angebahnt, indem hier gesagt wird: „Die Ansprüche der bischöflichen Stelle, auf die Verwaltung und Verwendung dieses Fonds einzuwirken, hat die königliche Regierung nie verkannt, sie wird die Einleitung treffen, daß diese Einwirkung mit jeder thunlichen Rücksichtsnahme auf die Wünsche des Herrn Bischofs fest geregelt werde." Die Zweckbestimmung des Intercalarfonds bleibt der Hauptsache nach die ursprüngliche [64]). Dagegen knüpft sich an das nun vollständig anerkannte kirchliche Eigenthumsrecht eine nothwendige Folge dieser Bestimmungen — die Umwandlung des bisherigen sog. landesherrlichen Tischtitels der zu Weihenden in einen bischöflichen, worauf schon früher aufmerksam gemacht worden. Durch denselben Intercalarfonds werden dem Bischof auch Mittel zur Errichtung der von dem Pabst so dringend empfohlenen kleinen Seminarien in Aussicht gestellt.

Art. XI.

Der Bischof wird mit allen Königlichen Behörden unmittelbar verkehren.

So lange das Kirchenregiment unter der Staatsbevormundung stand, hatte der Bischof nicht das Recht, mit den Gerichten oder andern Staatsbehörden in directen Verkehr zu treten. Er mußte sich an den Oberkirchenrath wenden, der den Verkehr mit den Behörden vermittelte. Der Oberkirchenrath hatte daher eine Art von Placet dem Bischof gegenüber. Die durch die Vereinbarung mit Rom bewirkte Emancipation der Kirche mußte auch zur Aufhebung dieser untergeordneten Stellung des Bischofs führen. Eine weitere Folge des Art. XI wird seyn, daß der Bischof in Rechtssachen, die vor seinem Gerichte anhängig werden, die Mitwirkung der Staatsgerichte anrufen kann, z. B. zur Zeugenabhör, zur Eidesabnahme u. s. w. In letzterer Beziehung wird man ihm vielleicht gestatten, Eide vor seinem Gerichte abzunehmen. Trotz alle dem wird aber der Bischof nicht in das Verhältniß einer vorgesetzten Dienstbehörde zu jenen Staatsstellen gesetzt, noch auch hört der vielfach angefochtene katholische Kirchenrath auf, als Staatsstelle den eigentlichen Kirchenbehörden gegenüber zu stehen. Eine Aufhebung dieser Behörde wäre nicht möglich ohne Aenderung der Verfassungs-Urkunde, welche §. 79

---

64) Vergl. Lang, Einleitung zur Sammlung der katholischen Kirchengesetze in Württemberg, in der Reyscher'schen Sammlung Bd. X. §. 18—24. S. 17—25.

bestimmt: „die in der Staatsgewalt begriffenen Rechte über die katholische Kirche werden von dem Könige durch eine aus katholischen Mitgliedern bestehende Behörde ausgeübt, welche auch bei Besetzung geistlicher Aemter, die von dem Könige abhängt, jedesmal um ihre Vorschläge vernommen wird.“ Die Rechte des Staats gegenüber der katholischen Kirche sind nur vermindert, nicht gänzlich aufgehoben worden dadurch, daß diese in die Verwaltung ihrer inneren Angelegenheiten eingesetzt worden. Namentlich kommt der Krone noch jetzt die Besetzung einer großen Anzahl von Pfründen zu, wobei die Staatskirchenbehörde dem König ihre Vorschläge zu unterbreiten hat. Ausserdem ist der katholische Kirchenrath nach dem Gesetz vom 29. Sept. 1836 die Oberschulbehörde für den Elementar-Schulunterricht. Eine Wirksamkeit bleibt also jenem Collegium immer noch, wenn gleich seine Stellung in vielen Beziehungen eine andere werden wird.

Art. XII.

Die mit der vorstehenden Vereinbarung im Widerspruch stehenden Königlichen Verordnungen und Verfügungen treten außer Kraft; soweit aber gesetzliche Bestimmungen derselben entgegenstehen, werden diese geändert werden.

Der Sinn dieser Bestimmung ist der, daß die mit der neuen Vereinbarung im Widerspruch stehenden Bestimmungen beseitigt werden sollen. Hierbei war aber vermöge der konstitutionellen Einrichtungen ein Unterschied zu machen:

1) die bisher erlassenen Verordnungen und Verfügungen sollen, soweit sie entgegenstehen, von selbst außer Kraft treten. Nach der Beil. III. hatte man hiebei vorzugsweise die Verordnungen vom 30. Jan. 1830 und 1. März 1853 sowie das Fundations-Instrument vom 14. Mai 1828 [65]), soweit solches nicht von der Dotation des Bisthums handelt, nebst Beilagen C und D (Bestimmungen über die Verwaltung der Bisthums-Dotation, Statut für das bischöfliche Priester-Seminar) im Auge. Auch die Verordnung von 1830 enthält indessen manche Bestimmungen, welche mit den Grundsätzen der Vereinbarung nicht im Widerstreit stehen; es wird daher nöthig seyn, die betreffenden §§ zu bezeichnen. Ueberhaupt ist nothwendig, daß der Inhalt der Vereinbarung auch als königliche Verordnung publicirt werde; denn an und für sich kann ein mit einer

65) Lang, katholische Kirchengesetze S. 1067.

auswärtigen Macht, auch wenn diese eine geistliche ist, geschlossener Vertrag die Verordnungen des Souveräns nicht aufheben. Müssen doch selbst die Beschlüsse des Bundestags, welche die inneren Verhältnisse der Bundesstaaten betreffen, in diesen erst gehörig publicirt werden, um für die Staatsunterthanen verpflichtend zu seyn.

2) Was die Gesetze betrifft, welche mit der Convention im Widerspruch stehen, so müssen sie auf verfassungsmäßigem Wege geändert werden. Die Regierung wird daher Gesetzes-Entwürfe den Kammern vorzulegen haben:

a) über die Abänderung des §. 72 der württembergischen Verfassung, wornach alle von der Kirchengewalt ausgehenden Verordnungen dem Placet unterliegen.

b) über die Auslegung des Art. 47 der Verfassungs-Urkunde, damit er in der Folge nicht mehr auf die Vorsteher und Beamten der Kirche angewendet werde, welche der Bischof allein zu entlassen oder zu versetzen berechtigt ist; wobei übrigens, wie gezeigt worden, die Staatsbehörden nicht unbedingt und als blinde Werkzeuge der geistlichen Gewalt die Beschlüsse des Ordinariats zu vollziehen haben.

c) über die im katholischen Eherechte vorzunehmenden Aenderungen.

Der Bischof hatte in seiner Spezialeingabe noch verlangt: eine Abänderung der in der Einsetzung des katholischen Oberkirchenraths (nach §. 79 der Verf.-Urkunde) liegenden Beschränkung der durch §. 78 der Verf.-Urk. gewährleisteten Episcopal-Rechte. Ferner eine Abänderung des Volksschulgesetzes, in wie weit dasselbe dem Bischof nur auf den Religionsunterricht, nicht aber im Uebrigen einen leitenden Einfluß auf das Volksschulwesen eingeräumt hat; endlich verlangte der Bischof eine Abänderung derjenigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches, wornach Geistliche durch eine weltliche Sentenz von dem kirchlichen Amte entlassen werden können. Allein nach der bisherigen Darstellung geht die Vereinbarung in diesen Beziehungen nicht so weit, daß eine Aenderung der Verfassung oder der Gesetze dadurch gefordert wäre.

Art. XIII.

Sollte sich in Zukunft in Betreff dieser Vereinbarung irgend eine Schwierigkeit ergeben, so werden Seine Heiligkeit und Seine Königliche Majestät sich zu freundschaftlicher Beilegung der Sache in's Einvernehmen setzen.

Da das Abkommen auf einem Vertrage beruht, so kann allerdings eine Aenderung oder authentische Auslegung nur auf demselben Wege erfolgen. Deßhalb ist aber die Landesregierung nicht gehindert, den Sinn der Uebereinkunft in Anstandsfällen für die Behörden festzustellen: denn außer dem wäre eine Anwendung überhaupt unmöglich.

§. 6. Vergleichung des österreichischen Concordats mit der württembergischen Vereinbarung; deren Wirkungen.

Daß die auf Umgestaltung der kirchlichen Verhältnisse gerichteten, vorherrschend clericalen, Bestrebungen überhaupt eine Berücksichtigung von Seiten der Regierungen verdienten und nicht blos als vorübergehende Erscheinungen behandelt oder gar unbeachtet gelassen werden durften, kurz daß man der Bewegung Rechnung tragen mußte, kann kaum in Zweifel gezogen werden. Ob die Reformen statt unter Vereinbarung mit Rom besser auf dem Wege der Gesetzgebung bewerkstelligt worden wären, wie auch schon behauptet worden, ist eine andere Frage, worauf jedoch hier nicht näher eingegangen werden soll. Wir bemerken nur, daß Oesterreich eben so gut wie Preußen, Belgien und in neuester Zeit Neapel den zweiten Weg hätte einschlagen können, daß aber in Württemberg nach dem Jahr 1855 der Streit befriedigend nur vermittelst einer Vereinbarung beizulegen war. Da, wie schon früher bemerkt, die katholische Kirchenfrage wenigstens ihrer Hauptseite nach eine Rechtsfrage wurde, so mußten die Regierungen darauf bedacht seyn, der Kirche und den Trägern der Kirchengewalt alle die Rechte unumwunden zuzugestehen und einzuräumen, welche dem Dogma und der Verfassung der Kirche gemäß ihnen nothwendig gebühren; die Rechte des Staats hatten sie jedoch zu wahren. Die Ausübung nicht wesentlicher Berechtigungen der Kirche konnten sie beschränken, d. h. entweder ganz untersagen oder von Bedingungen abhängig machen. Eine Hauptaufgabe aber war es, über diejenigen Angelegenheiten, bei deren Regulirung der Staat sowohl, als die Kirche ein Interesse haben, mit dem Oberhaupt der Kirche ein in beiden Beziehungen befriedigendes Abkommen zu treffen. Daß bei beiden Vereinbarungen alle diese Berücksichtigungen statt-

fanden, dürfte keinem Zweifel unterliegen. Daß man nicht mehr erreichte, ja das nicht fordern konnte, was der heilige Stuhl dem Prinzip der katholischen Kirche gemäß nicht gewähren durfte, versteht sich von selbst. Näher stellt sich die Sache in folgender Weise dar: Was die der Kirche nothwendig einzuräumenden Gerechtsame betrifft, so ging der Kaiser von Oesterreich, wie gleichfalls schon erwähnt, von einer andern Grundanschauung aus, als der König von Württemberg. Dieser hatte der katholischen Kirche in seinem paritätischen Staate nur die volle Freiheit und die zur Wahrung und Ausübung der Religion nöthigen Berechtigungen zu gestatten; in Oesterreich dagegen sollte die Kirche Staatskirche, das Reich (für die katholischen Kronlande) ein katholischer Staat seyn und deßhalb mußte ihr überdies eine Macht eingeräumt werden, ähnlich der kirchlichen Gewalt in früheren Jahrhunderten, eine Macht, die den Trägern der Kirchengewalt die kirchliche Beherrschung der katholischen Bevölkerung sicherte. Ob eine solche Repristination zeitgemäß ist, ob sie der gegenwärtigen Culturhöhe nicht nur Oesterreichs, sondern Europa's entspricht, wird von den Freunden geistigen Fortschritts schwerlich zugestanden werden. Wenn man, werden sie sagen, das Prinzip der Trennung von Staat und Kirche auch nicht vollständig (wie z. B. in Belgien) in Oesterreich practisch werden lassen wollte, so konnte man es doch in dem Maße einhalten, wie es in Frankreich geschieht, man hätte dann das Land nicht der Gefahr ausgesetzt, daß der Staat von der Kirche überflügelt und die Fortschritte der allgemeinen Geistesbildung von der eifersüchtigen Ueberwachung der Kirchenbehörde abhängig gemacht werde. Das Unterrichtswesen, namentlich die Humanitäts- und die academischen Studien, sind eben erst jetzt in Oesterreich neu organisirt worden und bedürfen, um mit dem geistigen Aufschwung des übrigen Deutschlands gleichen Schritt zu halten, eine angemessene freie Bewegung, gegen welche der Clerus jeden Augenblick hemmend einschreiten wird. Daß in dieser Beziehung in Oesterreich zwischen der Kirche und der Schule ein Antagonismus besteht, wird man wohl nicht in Abrede stellen. Ob die Regierung den Willen und die Kraft besitze, die volle Entwicklung der ersten zu schützen, kann nur die Zukunft lehren. Es wird davon abhängen, ob immer ein den wissenschaftlichen Fortschritt förderndes Unterrichtsmisterium sich halten kann. Kämpfe und Fluctuationen werden

nicht ausbleiben; sie kommen ja auch in andern, sogar in den freiesten Staaten wie in Belgien vor. Nur Eines möge hier bemerkt werden: konnte in Bayern, auch unter dem Ministerium Abel, der gleiche Schritt der höheren Bildung mit der des übrigen Deutschlands zu einer Zeit, wo die Presse noch unfrei war, nicht aufgehalten werden, so dürfte dies jetzt auch in Oesterreich unter der Herrschaft der Preßfreiheit und bei dem lebhaften litterarischen Verkehr mit dem Auslande nicht möglich seyn.

Was Württemberg betrifft, so sind die eben angeführten Gefahren nicht wohl zu befürchten, denn die Schule wird durch die Vereinbarung der Kirche nicht so untergeordnet, wie in Oesterreich durch den Artikel 5 des Concordats.

Daß in vielen Bestimmungen beide Vereinbarungen mit einander übereinkommen, erklärt sich daraus, daß in Württemberg dem Episcopat dieselben Rechte wie in Oesterreich einzuräumen waren, und so konnte es geschehen, daß die Artikel des Concordats vom 18. August 1855 entweder ganz oder theilweise in der Convention vom 5. Juni 1857 sich wiederholt finden.

So stimmt: der Artikel II der letzten, welcher die Formel des vom Bischof dem König zu leistenden Eides enthält, wie schon bemerkt, mit dem Artikel 20 des Oesterreichischen Concordats überein. Ebenso der Art. IV §. 2 der Convention mit Art. 24 des Concordats, Art. VI der Convention in fine mit Art. 4 a. b. d. e. und §. IX der Convention mit Art. 27 des Concordats.

Art. V der Convention entspricht und stimmt meistens wörtlich überein mit den Art. 10. 12. 13. 14 des Concordats.

Art. VI der Convention, wodurch das Placet aufgehoben wird, ist entnommen aus Art. 2 und 3 des Concordats; nur ist der Anfang des ersten, worin die Anerkennung des Primats enthalten ist, weggelassen. In der Instruction dazu wird dagegen die Allgemeinheit der Fassung des Artikels beschränkt.

Art. VII der Convention entspricht, was die Ertheilung des Religionsunterrichts betrifft, dem Art. 5 des Concordats, weicht jedoch, was die näheren Bestimmungen betrifft, von demselben ab, sowie der dem Bischof auf die Leitung des profanen Unterrichts in Württemberg zu gestattende Einfluß in der Instruction zu Art. VII von den in Art. 8 des Concordats den Bischöfen in dieser Beziehung eingeräumten Berechtigungen ganz verschieden ist.

Der Anfang des Art. VIII der Convention ist aus dem Anfang des Art. 17 des Concordats entnommen; die übrigen auf die Württembergischen Convicte bezüglichen Bestimmungen des ersten sind Zusätze.

Der Art. IX über das Studium der Theologie auf der Landes-Universität Württembergs mußte eine andere Fassung erhalten, wie der allgemeine Artikel 6 des Concordats; beide beruhen aber auf dem Prinzip, daß die Ermächtigung zum theologischen Lehramt vom Bischof ertheilt werden müsse und von ihm wieder zurückgenommen werden könne.

Der sehr in's Einzelne gehende, den Erwerb, die Verwaltung und Verwendung des Kirchenvermögens betreffende Art. X der Convention stimmt mit den Art. 29—32 des Concordats, was die allgemeinen Grundsätze betrifft, oft selbst der Fassung nach überein, enthält aber, der Verschiedenheit der Verhältnisse wegen, andere Detailbestimmungen. Von einer gemischten Verwaltungsbehörde ist aber bezüglich der Religions- und Studienfonds in Oesterreich nicht die Rede. Nach Feßler S. 163 dauert die bisher bestehende Verwaltung durch vom Staat ernannte Administratoren fort; sie verwalten aber im Namen der Kirche, gerade wie die bisherigen Verwalter kirchlicher Local- und die zwei von der Regierung ernannten Mitglieder der Verwaltungs-Commission des württembergischen Intercalarfonds nach Absatz 1. 2 des Art. X der Convention.

Der im Art. XI der württembergischen Convention dem Bischof eingeräumte freie Verkehr mit den Staatsbehörden ist wohl in den allgemein lautenden Art. 3 des Concordats eingeschlossen. Der Art. 35 des letzten aber ist in dem Art. XII der Convention mutatis mutandis kurz angegeben. Der in Art. XIII der Convention ausgedrückte Vorbehalt kommt als selbstverständlich im Concordat nicht vor.

Die Art. 1. 2. im Anfang, Art. 5. im Anfang, Art. 7. 8. 9. 15. 16. dem größten Theile nach, 18. 19. 21. 22. 23. 25. 26. 27. 28. ohne den letzten Absatz 33. 34[66]) kommen in der württembergischen Convention auch dem Inhalte nach nicht vor.

In wie weit die dem Kaiser von Oesterreich vom heil. Stuhle

---

66) Dem Art. 24, welcher die Pfarrconcursprüfungen vorschreibt, entspricht eine Stelle in der Instruction zu Art. IV.

ertheilten Berechtigungen verschieden sind von den dem König von Württemberg eingeräumten, ergibt sich aus der bereits in §. 5. von uns gegebenen ausführlichen Beleuchtung der Vereinbarung. Die Unterschiede erklären sich theils aus der verschiedenen Stellung der beiden Landesherrn zum heiligen Stuhl, theils aus den jedem der beiden Länder eigenthümlichen kirchlichen Zuständen.

Die Form des österreichischen Concordats und der württembergischen Vereinbarung anbelangend, so sind beide Conventionen der Fassung und dem Style nach gleich; eine Anzahl der Artikel ist sogar wörtlich übereinstimmend. In beiden steht die Kirche mit ihren Berechtigungen im Vordergrund. In dem ersten erhalten sie, in wie weit sie überhaupt bestritten waren, oft eine förmliche Anerkennung durch den Kaiser, in der letzten werden sie als bestehend vorausgesetzt. Die dem Landesherrn in kirchlichen Angelegenheiten zukommenden Rechte werden zum Theil als vom heiligen Stuhle ausgehende Indulte aufgeführt. Es ist klar, daß der Pabst die Kirche über den Staat stellt, die Rechte derselben als ipso jure — ja als nach göttlichem Recht ihr zustehend ansieht, und die von ihm gestatteten Modificationen derselben zum Theil als durch vorübergehende Zustände geboten zuläßt.

Die Kirche erkennt jedenfalls die von ihr consentirten Bestimmungen als sie rechtlich bindend an. Es wäre daher ein Wortbruch, wenn sie dennoch heimlich den Krieg gegen dieselben fortsetzen wollte — und ein solcher würde im letzten Resultat ihr Unheil bringend seyn, nicht minder, wie die von curialistischen Canonisten[67]) vertheidigte Behauptung, der Pabst sei berechtigt, sich über die von ihm in einem Concordat eingegangenen Verpflichtungen hinwegzusetzen, wenn außerordentliche Ursachen ihn nöthigten, so für das Beste der Kirche zu sorgen.

Die in den Urkunden herrschende Ausdrucksweise hat allerdings etwas Auffallendes für die heutigen Zeitverhältnisse; Sprache und

---

67) Eine Behauptung dieser Art findet sich im Lehrbuch des Kirchenrechts von Bouix (nachgedruckt zu Münster im J. 1853. S. 73). Sie lautet: (bei jedem Concordat) subaudienda est conditio nisi aliud exigit causa gravis et extraordinaria propter bonum ecclesiae! S. des Verf. Anzeige dieses Buches in der Zeitschrift für die Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands, Bd. 27. S. 230.

Styl sind dieselben wie vor Jahrhunderten; allein die Kirche ist ja nach ihrem Dogma unveränderlich, ihre Lehre und ihr Recht sind für alle Zeiten gegründet und gerade das steife Verharren in ihrem Curialstyl enthält den Beweis, daß die Curie, wenn sie auch den Ideen unseres Zeitalters Rechnung trägt, doch ihre geschichtliche Weltstellung nie aufgeben wird. Stimmen in den so eben bezeichneten Beziehungen beide Conventionen überein, so unterscheiden sie sich darin von einander, daß ein Theil der Bestimmungen der württembergischen in die förmliche Vertragsurkunde nicht aufgenommen, sondern in Beilagen zu derselben enthalten ist, nämlich viele der Krone Württemberg vom heiligen Stuhle gemachte Concessionen in der als Beilage I aufgeführten Instruction an den Bischof von Württemberg und verschiedene andere in den in Beilage III zur Vereinbarung enthaltenen Erklärungen der Regierung. Das Ganze soll zunächst in der Form einer an den Bischof von Rottenburg gerichteten Bulle veröffentlicht werden; im württembergischen Blatt aber erst, wenn die in Folge der Vereinbarung vorzunehmenden Aenderungen der Verfassung und der Landesgesetze stattgefunden haben werden.

Daß übrigens nicht jede in der Form einer Concession von Seiten des Pabstes gemachte Bestimmung, z. B. nicht die des Art. V, welche die Zuständigkeit der weltlichen Gerichte in bürgerlichen oder strafrechtlichen Sachen der Cleriker zugibt, als eine der Krone Württemberg gemachte Begünstigung, sondern nur als eine an den württembergischen Clerus gerichtete Erklärung anzusehen ist, wurde oben schon angeführt.

Sonderbar, ja sogar bedenklich wird es Manchem erscheinen, daß gerade die wichtigsten päbstlichen Concessionen nicht in der Bulle selbst, sondern in der Instruction enthalten sind. Sollte hier nicht ein Hintergedanke mit im Spiele seyn? Könnte diese Instruction nicht nach Belieben durch eine andere ersetzt werden? Oder warum hat man deren Bestimmungen nicht in den Text der Bulle mit aufgenommen? Verhalten sie sich nicht wie Nebenpunkte zu den Hauptbestimmungen? Jedes Bedenken muß fallen, wenn in den Verhandlungen des Königs mit dem heiligen Stuhl ausdrücklich festgesetzt worden ist, daß die Instruction als Beilage der Bulle die gleiche bindende Kraft, wie diese haben solle. Daß man in Rom je daran denken könnte, die Vereinbarung, weil sie mit einem

akatholischen Fürsten gemacht sei, nicht zu halten, darf man, ohne der Ehre des heiligen Stuhles zu nahe zu treten, nicht unterstellen.

Die Wirkungen der beiden Vereinbarungen anlangend, wird sich jedem alsbald die Ueberzeugung aufdringen, daß durch dieselben die Macht der Kirche und des heiligen Stuhles sowohl in Oesterreich als in Württemberg eine Steigerung erhalten hat, die man noch vor wenigen Jahren nicht für möglich hielt, und die von vielen für bedenklich, von manchen sogar für unheilbringend angesehen werden wird. Denn nicht nur die Laien sind von der Kirchengewalt abhängiger geworden, sondern auch der Clerus und die Bischöfe haben im Grunde eine minder geschützte Stellung:

1) ist die geistliche Gewalt den Laien gegenüber deßhalb viel größer, als sie bis jetzt gewesen, weil von einem Staatsschutze (schon wie ihn das Placet gab) gegen ein weites Eingreifen derselben in das gewöhnliche Leben nicht die Rede seyn kann, namentlich wenn das canonische Eherecht vollkommen wieder hergestellt seyn wird. Die Excommunicationen, welche in Oesterreich nur mit Staatsgenehmigung verhängt werden konnten, dürften häufiger werden als bisher, sowie Verweigerungen des kirchlichen Begräbnisses. Einer bischöflichen Censur der Bücher und Zeitungen darf auch in Württemberg entgegengesehen werden, obgleich von derselben in der Vereinbarung nicht die Rede ist. Schenkungen und Vermächtnisse ad pias causas zu erlangen wird leichter werden, wie bisher. In diesen, wie in manchen andern Beziehungen, wird „der katholische Theil" Württembergs Belgien ähnlicher werden, als er bisher gewesen. Das Wiederaufleben mancher religiösen Uebungen, welche man im Anfang unseres Jahrhunderts mit Zufriedenheit verschwinden sah, darf gleichfalls erwartet werden.

2) Der niedere Clerus kommt unter die volle Abhängigkeit von der bischöflichen Curie.

Es bedarf, wenn die geistliche Gerichtsbarkeit nicht der Gefahr einer Willkürherrschaft ausgesetzt bleiben soll, einer die nöthigen Garantieen der Unpartheilichkeit und des gesetzmäßigen Verfahrens bietenden Organisation der geistlichen Gerichte (wie solche auch von Erzbischof Sibour und andern Bischöfen Frankreichs eingeführt worden ist); namentlich müßte die Möglichkeit der Absetzung eines Geistlichen aus bloßer informata Episcopi conscientia, wie sie u. a.

jetzt der französische Canonist Bouix vertheidigt, ausgeschlossen werden.

3) Aber auch der Episcopat steht in größerer Abhängigkeit von Rom da, als es bisher der Fall war. Auch für ihn hört der Schutz des Placet auf. Es wird von dort aus eine strengere Aufsicht nicht blos über die Handhabung der kirchlichen Disciplin in der Diöcese geübt, sondern auch die Doctrin einer strengeren Controle, namentlich von Seite der Congregatio indicis, unterworfen und die Freiheit der theologischen Wissenschaft vielleicht auf ein Minimum herabgedrückt werden. Die einst im deutschen Reiche existirende Selbständigkeit des Episcopats hat schon längst aufgehört — und das einst bei uns so hochgepriesene, freilich von Rom und von den Curialisten immer bekämpfte Episcopalsystem hat dem reinen Papalsystem Platz gemacht. Von Libertates ecclesiae germanicae, an die man 1815—1819 so oft dachte, kann künftig nie mehr die Rede seyn. Ist doch der Gallicanismus, trotz der organischen Artikel zum Concordat von 1801, in Frankreich antiquirt worden!

4) Hat die katholische Kirche in Oesterreich und Württemberg, wie freilich auch in Preußen und anderswo, dem Protestantismus gegenüber eine weit festere Stellung, wie bisher, erhalten. Sie wird den Prinzipienkampf gegen denselben — zu dem sie freilich verpflichtet ist — mit größerer Entschiedenheit fortzusetzen im Stande seyn, namentlich dann, wenn ihre temporelle Unabhängigkeit durch die Realdotation der Bisthümer und durch reichlicher fließende Güterzuwendungen noch mehr als jetzt gesichert ist. Jesuitencollegien werden vielleicht auch in protestantischen Städten oder Bezirken entstehen — und es wird der protestantische Clerus genöthigt seyn, mit noch größerem Aufwand von Wissenschaft und Eifer, wie bisher, der katholischen ecclesia militans gegenüber zu stehen. Noch mehr als gegen den Protestantismus wird aber der Katholicismus seine Waffen gegen die sich ihr nicht accomodirende freie Wissenschaft wenden, die nicht convenirenden philosophischen Systeme und die unkirchliche Behandlung der Geschichte verdammen und, wie neuestens einige belgische Bischöfe thaten, das Besuchen von Lehranstalten den Gläubigen verbieten, in welchen die von der Kirche verworfenen Irrlehren vorgetragen werden.

Der Staat wird nicht berechtigt seyn, dieser Kraftentwicklung, so lange sie in den Gränzen der gesetzlichen Freiheit bleibt, hem-

mend entgegenzutreten, selbst wenn er sie für den religiösen Frieden für gefahrbringend halten sollte. Daß Fanatisirungen des Volkes möglich sind, die sogar den bürgerlichen Frieden stören können, haben mehrere Beispiele der neuesten Zeit gezeigt; der Verfasser erinnert an die belgische Revolution von 1830, bei welcher sich sogar Mitglieder des Clerus betheiligten, er erinnert an den Sonderbundskrieg in der Schweiz und an die kaum gedämpften Aufstände in Savoyen. Darf man in Deutschland nicht fürchten, es möchte, wenn die katholische Kirche in seinem Schooße Ecclesia triumphans seyn wird, ein Religionskrieg vorbereitet werden, dessen Zweck seyn würde, die seit länger als dreihundert Jahren verlorene Alleinherrschaft in unserem Vaterlande wieder zu erlangen? Allein man müßte am gesunden Sinne der deutschen Nation verzweifeln, wenn man die Rückkehr der Religionskriege des 16. und 17. Jahrhunderts bei uns für möglich halten wollte. Drohten Aufstände, so würde (wenn die Kirche selbst nicht sogleich einschreiten wollte) es den Regierungen an Repressionsmitteln nicht fehlen, und die Verhängung des Kriegszustandes über die bedrohten Territorien nicht ausbleiben. Allein zu solchen Extremitäten dürfte es aus andern Gründen nicht kommen. Die allgemeine Geistesbildung ist im größten Theile Deutschlands zu sehr vorgeschritten und besitzt in der Preßfreiheit eine so mächtige Gewähre, daß eine allzu weit gehende retrograde kirchliche Bewegung im Volke selbst und zwar nicht blos in den höheren, sondern selbst den unteren Klassen, auf einen unüberwindlichen Widerstand stoßen würde. Der clericale Druck würde in Deutschland noch mehr, als es jetzt in Piemont, Spanien, Belgien und in Frankreich der Fall ist, einen für die katholische Kirche Gefahr drohenden Rückschlag zur Folge haben, und die Vexationen exaltirter Priester würden noch mehr, wie bisher geschah, die nach Gewissensfreiheit ringenden Katholiken den protestantischen Confessionen zuführen. Die Vorkämpfer der katholischen Kirche werden genöthigt seyn, mit geistigen Waffen und auf ehrliche Weise für die religiösen Wahrheiten zu streiten. Warnend ruft ihnen ihr berühmter Führer Walter (in der Vorrede zur 12ten Ausgabe seines Lehrbuchs des Kirchenrechts S. X) zu: „Mit der erlangten Freiheit ist die Kirche in ein neues Stadium eingetreten. Es ist daher für den Clerus das Maß der Anforderungen und der Verantwortlichkeit vergrößert; es sind ihm, darüber täusche man sich nicht,

neue schwierige Aufgaben zugeführt worden. Die Lösung derselben erfordert aber, einer so geistig entwickelten Zeit gegenüber, eine Umsicht, Mäßigung und eine gewisse Höhe der Weltanschauung, welche nur durch den vertrauten Umgang mit der wahren Wissenschaft erworben werden kann." Der Verfasser möchte beifügen: fehlen dem Clerus diese Eigenschaften, so werden die Concordate und Vereinbarungen mit Rom der Kirche nichts helfen. —

Zusatz der Redaction.

Es sei uns gestattet, vorstehendem Votum eines geehrten katholischen Schriftstellers, welcher bei dem bisherigen Streite zwischen einzelnen Staatsregierungen und katholischen Bischöfen sich mehrfach betheiligt hat, einige Worte beizufügen, zur Bezeichnung des Standpunkts, wovon wir unsrerseits die Vereinbarungen betrachten. Näheres Eingehen auf einzelne Punkte, wozu die vereinbarten Artikel so sehr auffordern, daß wir gerne obigem Aufsatze noch Manches beigefügt hätten, wird in einer Anmerkung nicht erwartet werden.

Nicht ohne Grund hat Herr G.Hofr. Warnkönig in seiner Schrift über die staatsrechtliche Stellung der katholischen Kirche u. s. w. (1855) den sog. Kirchenstreit auf die Frage zurückgeführt: ob die Freiheit der katholischen Kirche zur Zeit des deutschen Reichs wirklich so gestaltet war, wie der Episcopat in seinen Forderungen vorausgesetzt hat, oder ob nicht vielmehr schon damals eine (äußere) Unterordnung der geistlichen Gewalt unter die weltliche bestand? Derselbe hat — unter Zusammenstellung einer Reihe von Zeugnissen aus Gesetzen, Urkunden, juristischen und historischen Werken — gezeigt, daß der Episcopat in einem großen Irrthume befangen sei, wenn er davon ausgehe, die katholische Kirche habe früher, d. h. in dem vorigen und in den vorangegangenen Jahrhunderten sich im Genuß einer ganz dem kanonischen Recht gemäßen und durch den westphälischen Frieden sicher gestellten äußeren Freiheit befunden; daß vielmehr schon zur Zeit des deutschen Reichs und namentlich seit dem westphälischen Frieden eine gewisse Bevormundung der geistlichen Gewalt durch die weltliche in äußeren Dingen bestanden und daß wenigstens die bei Regelung der kirchlichen Angelegenheiten

in unserem Jahrhundert eingehaltenen allgemeinen Prinzipien und Maximen der katholischen Kirche nicht zum Nachtheile gereichten.

Betrachtet man den sog. Kirchenstreit als einen „Rechtsstreit" — und nach Angabe des Herrn Verf. wären sowohl die österreichische und württembergische Regierung als auch die Bischöfe hiervon ausgegangen — so war derselbe mit diesem Ergebnisse im Grunde schon entschieden und es konnte sich nur von Erledigung einiger untergeordneter Beschwerden handeln, wozu die Regierungen der bei der oberrheinischen Kirchenprovinz betheiligten Staaten wiederholt Schritte gethan hatten, die aber von bischöflicher Seite in höchst auffallender Weise zurückgewiesen wurden. Auch in Oesterreich waren die Grundsätze der Josephinischen Gesetzgebung in Bezug auf Kirchen- und Schulwesen vielfach nach den Wünschen des Episkopats umgewandelt oder ermäßigt worden, und von einer „Herrschaft des Protestantismus", welche der sonst eingeweihte Verfasser der „Studien über das österreichische Concordat" (Wien 1856) dem bisherigen Oesterreiche zum Vorwurfe macht *), kann so wenig die Rede seyn, daß selbst der Art. 16 der deutschen Bundesakte, wie seiner Zeit der westphälische Friede mit seinen die Religion betreffenden Bestimmungen, dort nicht zur Ausführung gelangt ist. Wahrhaftig der protestantische Geist müßte viele Lebenskraft entwickelt haben, wenn er in einem Lande, wo ihm (wenige in Friedensschlüssen vorbehaltenen Ausnahmen abgerechnet) nicht einmal öffentliche Religionsübung gestattet war, gleichwohl die Gesetzgebung beherrscht hätte — dieselbe sog. Toleranz-Gesetzgebung, wo die „Prärogativen der dominanten Religion" nicht zuließen, den Uebertritt von der katholischen Religion zu einer akatholischen oder die Ehe eines Katholiken mit einer Akatholikin ohne wesentliche Beschränkungen zu erlauben, welche im umgekehrten Falle nicht Platz griefen.

Freilich beriefen sich die Bischöfe zum Zwecke der Wiederher-

*) Dort S. 6 in der Note wird wörtlich gesagt: „Wer die Grundsätze des Febronianismus und die daraus geflossenen Gesetze vergleicht mit Luthers Schrift von des christlichen Standes Besserung n. 7—26 u. n. 61 f. (Luthers Werke in der Walch. Ausg. X. Bd. S. 297 ff.), wird sich bald überzeugen, daß in dem neuen Concordat eine förmliche Emancipation der katholischen Kirche vom Protestantismus eingetreten sei."

stellung der alten „Befugnisse und Vorrechte" der katholischen Kirche (österreichisches Konkordat Art. I) gegen die bestehende Gesetzgebung und Staatsgewohnheit auf die unveränderliche Lehre der Kirche und die daraus abgeleitete Disciplin — in der Auffassung und Ueberlieferung des päpstlichen Stuhles. Damit war aber der Streit auf einen ganz andern Boden geführt, den unmöglich der Staat als den seinigen anerkennen konnte, zumal die Kurie in den früheren Verhandlungen, welche der Bildung der oberrheinischen Kirchenprovinz vorangegangen waren, den betheiligten Regierungen deutlich zu erkennen gegeben hatte, daß ihnen ein Urtheil darüber, was die kirchliche Disciplin mit sich bringe, gar nicht zukomme. Vom rechtlichen Standpunkt war jener Berufung auf die vigens Ecclesiae disciplina damit einfach zu begegnen, daß nicht alle römischen Satzungen in Deutschland rezipirt worden, daß die Disciplin der Kirche nicht immer dieselbe gewesen sei und der römische Hof nicht blos sich selbst, sondern auch den Bischöfen erlaubt habe, Aenderungen je nach zeitlichen und örtlichen Verhältnissen vorzunehmen, daß endlich die kirchliche Lehre in dem obschwebenden Streite keine Lösung gebe, indem sonst angenommen werden müßte, daß die römisch-katholische Kirche in denjenigen Staaten, wo die gleiche Auffassung wie die der heutigen Ultramontanen noch nicht zur Herrschaft gelangt ist, gar nicht bestehe, oder überhaupt vor dieser Zeit niemals bestanden habe.

Wir verkennen nicht: es gibt einen Standpunkt, auf welchem die Unabhängigkeit der Kirche vom Staate gerechtfertigt erscheint; es ist dieß der Standpunkt der Gesetzgebung in der nordamerikanischen Union, zum Theil auch der der belgischen Verfassung (Art. 14—17), woraus die leitenden Grundsätze in die „Grundrechte des deutschen Volks" (Art. V) übergegangen sind, aus welchen wieder die preußische Verfassung v. 1850 (Art. 12—26) geschöpft hat. Hand in Hand mit der Trennung von Kirche und Staat sollte aber nach diesen Grundrechten die Unabhängigkeit der Schule von der Kirche (mit Ausnahme des Religionsunterrichts) in's Werk gesetzt werden. Auch ist das Aufsichtsrecht des Staats über die Kirche und Schule besonders hervorgehoben. Von demselben Standpunkte aus waren die §§. 2 und 4 des kaiserlichen Patents vom 4. März 1849 ausgegangen, wodurch jeder gesetzlich anerkannten Kirche und jeder Religionsgesellschaft das Recht der selbständigen

Verwaltung ihrer Angelegenheiten eingeräumt ist, vorbehältlich der Unterwerfung unter die allgemeinen Staatsgesetze; wodurch ferner der Religionsunterricht in der Volksschule für eine Kirchensache erklärt wird, nicht aber das übrige Schulwesen. Man wird sich entschließen müssen, entweder auf diese Weise allen kirchlichen Gemeinschaften, die sich mit der Staatsordnung vertragen, gerecht zu werden, oder bei dem bisherigen, seit dem westphälischen Frieden allmälig ausgebildeten Staatskirchenrecht stehen zu bleiben, d. h. die drei rezipirten Kirchen in der durch Art. 16 der deutschen Bundesakte gesicherten Rechtsstellung gegenüber dem Staate zu erhalten, dann aber auch von ihnen zu fordern, daß sie dem Staate für seine Zwecke sich dienstbar erweisen und sie zu überwachen, daß sie ihre besondere Rechtsstellung nicht mißbrauchen, um zu einem Staat im Staate überzugehen.

Die Bischöfe Oesterreichs waren auf die kaum genannten §§. 2 und 4 als Ausgangspunkte ihrer Berathungen im Frühjahr 1849 von der kaiserlichen Regierung hingewiesen worden; dieselben nahmen aber im Gegensatz zu den neuen Rechten, welche andere Religionsgesellschaften jetzt erst erhalten sollten, die alten Vorrechte der römisch-katholischen Kirche in Anspruch; die Staatsgesetze sollten hiernach geändert werden oder, so weit sie den Kirchengesetzen entgegen, von selbst wegfallen. Die kaiserliche Regierung anerkannte das Streben der bischöflichen Versammlung, „die Geltendmachung der kirchlichen Rechte mit den wesentlichen Interessen des Staats in Einklang zu setzen," und erlies am 18. und 23. April 1850 jene zwei bekannten Verordnungen, worin bereits die wichtigsten, von den Bischöfen beantragten Zugeständnisse in Bezug auf Kirche und Schule enthalten sind. Dennoch ward jetzt auch noch der Weg des Vertrags betreten und es scheint, daß die kaiserliche Regierung zum Voraus gegen den päpstlichen Hof sich verpflichtet hat, nicht durch ein organisches Dekret, wie seiner Zeit die französische Regierung (1802), die Rechte des Staats zu wahren, welche im Konkordate selbst keine Anerkennung gefunden haben. Allerdings sind andere Bekenntnisse durch das Konkordat nicht unmittelbar berührt; diese erwarten vielmehr noch jetzt die den kaiserlichen Zusagen (das Patent von 1849 ward seither aufgehoben) entsprechende Einsetzung in ihre Selbstverwaltung und Selbstgesetzgebung. Wird es aber der kaiserlichen Regierung bei den der ka-

tholischen Kirche eingeräumten Prärogativen und der vergrößerten Macht dieser Kirche jetzt überhaupt noch möglich seyn, den Grundsatz der Gleichstellung künftig einzuführen?

Die Vereinbarung Württembergs macht nicht den Anspruch als Konkordat zu gelten, obgleich sie ebensowohl ein förmlicher Vertrag mit dem päpstlichen Stuhle ist und heißt, wie die österreichische solemnis conventio und irgend ein früheres sog. Konkordat. Ebensowenig genießt dieselbe das Prädikat eines „Familien-Ereignisses," wie ein österreichischer Schriftsteller das dortige Konkordat genannt hat — als nur den Kaiser, seine Familie und die katholische Gesammtgemeinde angehend. Auch als eine „Emanzipation von dem Protestantismus" (s. oben S. 399 Note) wird die württembergische Regierung ihren Vertrag nicht gelten lassen wollen. Der Vertrag ist ein Staatsact, genehmigt von der Krone und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Minister dafür dem Lande verantwortlich sind. Ob derselbe gemäß §. 85 der Verfassungsurkunde den Ständen vorgelegt werden wird, darüber hat die Regierung sich noch nicht ausgesprochen; doch wurde nach der Versicherung des ministeriellen Blatts (Staatsanzeiger) bei den Verhandlungen, wie bei der Ratifikation der eventuelle Vorbehalt gemacht, daß sofern und soweit zur Vollziehung der einzelnen Artikel der Weg der Gesetzgebung sollte betreten werden müssen, die Verbindlichkeit des Staatsvertrags nur dahin gehe, von ihrer verfassungsmäßigen Initiative Gebrauch zu machen.

Die ständische Zustimmung ist allerdings, wie auch der Herr Verf. oben S. 376 annimmt, schon aus dem Grunde nothwendig, weil die Verfassungsurkunde §. 72 vorschreibt:

> Dem Könige gebührt das oberstholheitliche Schutz- und Aufsichtsrecht über die Kirchen. Vermöge desselben können die Verordnungen der Kirchengewalt ohne vorgängige Einsicht und Genehmigung des Staatsoberhaupts weder verkündet noch vollzogen werden.

Damit hat das königliche Placet in dem vollen Umfange, wie dasselbe in den Frankfurter Grundzügen einer Vereinbarung von 1818 §. 91 und 92 und in der zwischen den Staaten der oberrheinischen Kirchenprovinz vereinbarten Verordnung von 1830 §. 4 und 5 bestimmt und im Grunde schon aus den österreichischen Verordnungen in ecclesiastico-publicis entnommen ist, seinen verfassungsmäßigen Be-

stand erhalten. Man kann auch nicht, wie der Herr Verf. sagen, daß dasselbe bei rein spirituellen Angelegenheiten längst nicht mehr angewendet worden sei. Allerdings hat das inländische Generalvikariat bei Gelegenheit eines im Jahr 1816 ohne zuvor eingeholtes Placet erlassenen Fasten-Mandats die Ansicht aufgestellt: rein kirchliche Anordnungen könnten ihrer Natur nach ohne Staatsgenehmigung getroffen werden. Allein diese Ansicht wurde von dem damaligen Staatsministerium verworfen und §. 4 der Verordnung von 1830 bestimmt ausdrücklich: auch solche allgemeine kirchlichen Anordnungen und öffentlichen Erlasse, welche rein geistliche Gegenstände betreffen, seien den Staatsbehörden zur Einsicht vorzulegen; die Bekanntmachung durfte auch hier erst erfolgen, wenn dazu d. h. zu dieser Bekanntmachung die Staatsbewilligung erfolgt ist. (Davon ist eine Beistimmung zu dem Inhalte, wie bei gemischten Sachen, wohl zu unterscheiden.) Nur darüber, ob auch frühere päpstliche Anordnungen dem Placet unterliegen, entstanden Zweifel, welche durch Kommunikation zwischen dem ständischen Ausschuß und dem königlichen Geheimenrath dahin gelöst wurden, daß frühere päpstliche Anordnungen, die bisher nicht im Gebrauche waren, die Staatsgenehmigung bedürfen, so oft davon Gebrauch gemacht werden soll (s. Lang, Einleitung in die württemb. Kirchengesetze §. 70. 71). Seit dem Frühlingssturm von 1848, der auch die klerikalen Fragen in heftige Bewegung gesetzt hat, mag es wohl nicht immer genau mit dem Placet, das übrigens nicht als bloßes Präventivmittel aufzufassen ist, genommen worden seyn. Allein erst die Verordnung vom Jahr 1853 machte Concessionen, und diese Verordnung ist bis jetzt von den Ständen nicht geprüft, noch von dem Bischofe für genügend erkannt worden.

Auch §. 47 der Verfassungsurkunde, wonach die Beamten der Gemeinden und anderer Körperschaften denselben Schutz wie die Staatsdiener gegen willkürliche Entlassung oder Zurücksetzung genießen, ist in sofern durch den Vertrag (Art. 5) in Frage gestellt, als die Diener der katholischen Kirche nun von dem Bischof einseitig suspendirt und entlassen werden können. Ebenso bedarf einer Aenderung das Gesetz vom 30. März 1828 über die Verhältnisse der Universitäts-Angestellten, wenn die Lehrer an der katholisch-theologischen Fakultät künftig ihren Lehrauftrag vom Bischofe erhalten und dieser die ertheilte Ermächtigung nach seinem Ermessen wieder

entziehen kann (Art. 9). Daß das Verhältniß der Professoren jener Fakultät zum Staate dadurch nicht verändert wird, wie der Hr. Verf. S. 38 meint, läßt sich nicht sagen: denn wenn die Ermächtigung und Sendung zum Lehramte von dem Bischof kommt, so hört dieses überhaupt auf, Staatsamt zu seyn, der Staat aber wird sich bedanken, blos noch Brodherr zu seyn und am Ende eine ganze Besoldung nebst Honorar-Entschädigung als Pension zu bezahlen, während die gesetzlichen Bedingungen der Pensionirung nicht vorhanden sind.

Auch die Mittel zu Herstellung resp. Erweiterung der bischöflichen Offizialate, Kapitel und Kanzleien werden nur in der Staatskasse sich finden. Noch größer sind die Schwierigkeiten, welche für die Gesetzgebung und Rechtspflege durch Vollziehung der Vereinbarungen entstehen, namentlich durch die Ausdehnung der kirchlichen Gerichtsbarkeit auf Ehesachen und Verlöbnisse in Oesterreich und dem vormals österreichischen Theile von Württemberg, wo die österreichischen Gesetze und mit diesen die Zuständigkeit der bürgerlichen Gerichte bei Ehestreitigkeiten in Anwendung geblieben sind. Dadurch wird sich eine Revision des katholischen Eherechts und Eheprozesses auch für Württemberg nöthig machen. Ueberhaupt wird die neue Begrenzung zwischen weltlicher und geistlicher Gewalt, staatlicher und kirchlicher Gesetzgebung vielen Zweifeln unterliegen, und wenn jetzt schon die Sachverständigen manche Zweifel über Sinn und Wirkung der beiden Verträge hegen, woraus sollen die untergebenen Geistlichen und Laien entnehmen, welche Verordnungen und Verfügungen noch gelten, nachdem die bisherigen, soweit sie den Vereinbarungen widerstreiten, außer Kraft gesetzt sind? (Oesterreich. Vertrag Art. 35. Württemb. Art. 12.) Bei förmlichen Gesetzen hat die württembergische Regierung sich die Aenderung auf dem Wege der Gesetzgebung vorbehalten. Werden aber nicht bis dahin Collisionen eintreten, z. B. wenn der „Gerichtshof des Bischofs" (episcopi tribunal) sich weigert, die Landesgesetze anzuwenden, weil diese von den Kirchengesetzen und den Trienter Beschlüssen (Art. 6) abweichen?

Der Herr Verf. selbst hat einige erhebliche Bedenken, welche die Vereinbarungen vom staatlichen und kirchlichen Standpunkte darbieten, nicht verschwiegen. In andern Beziehungen hat er sich gegen die bischöflichen Forderungen nicht unnachgiebig gezeigt, nachgiebiger vielleicht als seine Darstellung des bisherigen Standes der Sache

(§. 1 und 2) und die Erfahrungen einer langen Zeit, welche zu großer Vorsicht in diesen Verhältnissen auffordern, rechtfertigen möchten. Je entfernter der Inhalt der beiden Verträge den staatlichen Grundsätzen steht, welche als Früchte langen Ringens zwischen staatlichen und kirchlichen Einflüssen und als Denkmale gegenseitiger Achtung und Duldung der religiösen Bekenntnisse, wohl auch als die Bedingungen ungehemmter staatlicher Entwicklung sich hervorgebildet haben, desto weniger will uns bedünken, daß durch den neuen Frieden mit Rom eine dauerhaftere Grundlage für das Verhalten von Kirche und Staat gewonnen sei, als durch die bisher in Geltung befindlichen Gesetze. Schon daß diesen eine lange Uebung zur Seite stand, daß sie in einem sicheren Einheitspunkte, der obersten Gewalt im Staate, welche keine Gesetzgebung oder Regierung neben sich duldet, ihr Beruhen hatten, daß sie von der Staatsgewalt nach Bedürfniß erweitert oder eingeschränkt werden konnten, gab ihnen einen Vorzug vor dem eben geschaffenen Vertragsrechte, welches ein ganzes System von kirchenstaatsrechtlichen Lehrsätzen umfaßt, eine zeitliche Macht neben die Krone stellt, welches überhaupt erst zu erproben und in Vollzug zu setzen ist. Die Männer von staatsmännischer Einsicht, Erfahrung und Bildung sind augenscheinlich selten. Die Persönlichkeiten und Stimmungen wechseln. Man wird nicht immer auswärtigem oder fremdartigem Einflusse sich fügen. Man wird nicht blos des Gebens müde werden, sondern auch finden, daß zuviel für eine feste Regierung bereits aus den Händen gegeben sei. Aber die vertragsmäßige Verpflichtung ist einmal da; man wird verlangen, daß sie in demselben freigebigen Sinne, der die kontrahirenden Fürsten geleitet hat, vollzogen werde und schwierig möchte es seyn, mit Berufung auf die viel berufene „Staatsräson" oder Staatsnothwendigkeit lästigen Folgerungen sich zu entziehen.

12. September 1857. Reyscher.

XIII.

Das alte Kulmer Recht.

Von

Otto Stobbe,

ordentl. Professor zu Königsberg.

---

§. 1. Einleitung.

Trotzdem, daß das Kulmische Recht lange Zeit hindurch die wichtigste Rechtsquelle des Ordenslandes Preußen war, hat die Wissenschaft doch nur wenig für die Geschichte desselben gethan. Da seit dem 16. Jahrhundert in Preußen Bearbeitungen und Revisionen des Kulmischen Rechts vorgenommen wurden, so war kein praktisches Bedürfniß für Ausgaben desselben in seiner älteren Gestalt vorhanden. Daher besitzen wir aus früherer Zeit auch nur eine Ausgabe: „das alte Cölmische Recht. Thorn 1584." Folio, welche der Bürgermeister von Thorn Heinr. Stroband nach einer Handschrift von 1394 besorgte. Außerdem giebt es nur noch eine Ausgabe: „das alte Kulmische Recht mit einem Wörterbuche, herausgegeben von L. K. Leman." Berlin 1838. 8. Leman läßt nicht eine Handschrift allein abdrucken, sondern gebietet über einen größern Apparat; indessen würden wir eine Ausgabe, welche den Text einer guten Handschrift wiedergiebt, der Leman'schen vorziehen. Denn was er geleistet hat, entspricht in keiner Weise denjenigen Anforderungen an Quellenausgaben, welche wir, nachdem Homeyer ein Vorbild geliefert hatte, zu stellen gewohnt und berechtigt sind [1].

In der Vorrede bespricht Leman 14 Texte, von denen aber nur fünf für die Ausgabe benützt zu seyn scheinen:

1) eine Danziger Handschrift (XVIII. C. 12.), welche sich

---

1) Freilich fällt Gaupp in seiner Recension (Richter's krit. Jahrbb. 1839. S. 790 ff.) ein sehr viel günstigeres Urtheil.

bei Homeyer Verzeichn. deutscher Rechtsbücher des M.A. und ihrer Handschriften 1836. nicht, wie Leman sagt unter Nr. 388, sondern Nr. 394, und in der neuen Ausgabe (die deutschen Rechtsbücher des M.A. und ihre Handschriften 1856) Nr. 137 findet. Leman bezeichnet sie mit A. Mit ihr ist vielleicht die von ihm mit B. bezeichnete, wie es scheint verlorene Handschrift identisch, deren Varianten, Hanow Preuß. Sammlung, allerlei bisher ungedruckter Urkunden III. S. 451 ff. zusammengestellt hat.

2) Die Ausgabe von Stroband, mit Th. bezeichnet.

3) Eine Berliner Handschrift (Berl.), welche vielleicht mit der Thorner Handschrift, welche Stroband seiner Ausgabe zu Grunde legte, identisch ist (Leman S. XI. XII.)

4) Eine Danziger Handschrift (XVIII. C. 23.), mit C bezeichnet, nach Leman aus der Mitte des 15. Jahrhunderts.

5) Eine Königsberger Handschrift der Wallenrodt'schen Bibliothek aus dem 16. Jahrhundert.

Allerdings führt Leman hinter jedem Kapitel eine Anzahl Varianten an; ihre Benützung unterliegt aber großen Schwierigkeiten und Bedenken. Denn nirgends erfahren wir, ob und welche Handschrift er hauptsächlich seiner Ausgabe zu Grunde gelegt hat, und welches Verfahren er bei der Auswahl der Varianten befolgt. Oft wählt er unter mehreren Lesarten gerade die schlechteste. Ich führe nur einige Beispiele von Dutzenden an II. 17:

so vorkiset her syn dyng; hier hat B. die allein richtige Lesart:

so vorliset her syn dyng; oder III. 67:

Tode hant bewyset das das eyme manne u. s. w.; die Handschrift A. liest statt dessen: heyset.

Oft nimmt er seine Lesarten gar nicht aus den Handschriften, sondern aus denjenigen Rechtsquellen, welche er — allerdings meistens irrig — für Quellen des Kulmischen Rechts hält, z. B. III. 29:

> Beclagit man abir den myt getzugen selb drytte, so mag her unschuldig werden myt getzuge selb drytte.

Die hervorgehobenen Worte stehen in den Magd. Fragen, fehlen aber in den Handschriften.

Der Herausgeber führt bei den einzelnen Kapiteln diejenigen Quellen auf, aus welchen seiner Meinung nach das Kulmische Recht entstanden ist. Da so viel schon längst feststeht, daß das Kulmische

Recht aus einer Bearbeitung von Quellen magdeburgischen Rechts besteht, so hätte es seine Aufgabe seyn müssen, genau das Verhältniß der Kompilation zu den Originalen festzustellen. In dieser Beziehung genügt seine Arbeit durchaus nicht. Daraus, daß er fortwährend den Sachsenspiegel, Schwabenspiegel, das Weichbild, das Magdeburg-Görlitzer Recht von 1304 als Quellen anführt, ergiebt sich deutlich, daß er von der richtigen Ansicht weit entfernt ist und die früheren Arbeiten von Hartknoch, Hanow, Gaupp und Schweikart gar nicht gekannt hat. Gerade die wichtigsten Quellen läßt er unberücksichtigt und führt andere an, von denen es sich nachweisen läßt, daß sie unbenützt sind. Die Untersuchung über die Quellen ist aber gerade bei dem Kulmischen Recht von um so größerer Wichtigkeit, als es in sehr korrupten Texten auf uns gekommen ist und auch seine Quellen durch schlechte Ausgaben vielfach entstellt sind; erst aus der Vergleichung der mehreren Redaktionen läßt sich ein kritisches Resultat für den einzelnen Text erreichen. Aus jener Untersuchung gewinnen wir nicht blos Momente zu einer kritischen Verbesserung des Kulm, sondern auch der bei Böhme gedruckten Schöffenurtheile, der Magdeburger Fragen, der Poelmann'schen Distinktionen u. s. w.

Von Arbeiten über das kulmische Recht sind besonders folgende zu nennen:

Hartknoch, altes und neues Preußen, 1684. II. S. 574—581 [2]).

Hanow, Jus Culmense ex ultima revisione 1767. praefatio §. 29 seqq.

Schweikart in den Jahrbüchern für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Verwaltung, herausgegeben von v. Kamptz, XXVI. 1825. S. 258—268.

Gaupp, das alte magdeburgische und hallische Recht. 1826. S. 122 ff. 177 und das schlesische Landrecht. 1828. S. 238—255.

Im Wesentlichen stehen wir noch auf dem Standpunkte Hartknoch's; die gelegentlichen Aeußerungen Gaupp's fügen nur wenig Werthvolles hinzu.

2) Hartknoch hat mehrmals über das kulmische Recht geschrieben und seine Ansicht geändert (vergl. Schweikart in den Jahrbb. für Preuß. Gesetzgebung u. s. w. XXVI. S. 248).

Der Kulm ist ein Rechtsbuch, welches aus einer Sammlung und Verarbeitung verschiedener Rechtsquellen besteht. Daraus erklären sich die Verweisungen auf andere Stellen des Werks, z. B. II. 57 auf II. 84: „dy bewerunge hir von suche yn deme capittel, do man schreibet 84."

Aus der Kompilation erklären sich die öftern Wiederholungen, z. B. III. 87 und III. 88; III. 20 und III. 39; III. 89 und III. 90; III. 92 und III. 93; II. 48 und III. 115; III. 127 bis III. 131 wiederholen mit einzelnen Abweichungen fortwährend dieselben Grundsätze, ohne die Lehre vom Anefang zu einem einheitlichen Abschluß zu bringen; vergl. ferner IV. 50 und IV. 51.

Eine große Anzahl von Kapiteln giebt sich unzweideutig als Schöffenurtheile zu erkennen; es liegt die Frage nahe, ob dieselben sich in einer gedruckten Sammlung von Schöffenurtheilen wiederfinden. Obgleich Böhme bei seiner Ausgabe magdeburgischer Schöffenurtheile (Diplomatische Beiträge zur Untersuchung der Schlesischen Rechte und Geschichte VI. S. 90 ff.) an vielen, wenn auch nicht an allen Stellen die Parallelstelle des Kulmischen Rechts anführt, hat Leman diese Sammlung ganz unberücksichtigt gelassen. Bevor die Frage über das Verhältniß des Kulm zu den Böhme'schen Schöffenurtheilen erörtert werden darf, müssen wir zuerst auf diese selbst eingehen, da es an Arbeiten über sie fehlt.

§. 2. Ueber die von Böhme mitgetheilten Schöffenurtheile.

1) Böhme hat dieselben aus einer früher Brieger, jetzt Dresdner Handschrift (Homeyer Rechtsbücher Nr. 161 (97)) herausgegeben, welche außerdem die sächsischen Distinktionen und eine Urkunde von 1390 enthält und in den Anfang des 15. Jahrhunderts gesetzt wird. Ob diese Sammlung sich noch in andern Handschriften findet, ist unbekannt.

Der Text ist vielfach korrumpirt; der Herausgeber hat nicht nur nichts gethan, um ihn lesbar zu machen, — wir dürfen auch nach seinen sonstigen Ausgaben schließen, daß manche verdorbene Stelle nicht der Handschrift, sondern der schlechten Edition Schuld zu geben ist. Zum großen Theil besteht die Sammlung aus Schöffenurtheilen, zum Theil aber auch aus andern Stücken. Hinter den meisten Stücken steht ein „von rechts wegen", an andern Stellen

fehlt es wieder und, wie es scheint, nicht zufällig, z. B. S. 104. 2, welche Stelle mit Sachsensp. III. 86 übereinstimmt.

a. Der erste Theil der Sammlung S. 90—94. 4. enthält eine Reihe von Schöffenurtheilen, welche theils die Frage mitenthalten, theils nur die Entscheidung geben.

b. S. 94. 5 ist eine bestätigte Willkür, welche die Kompetenz des Erbrichters, Landvogts und Hofrichters bestimmt.

c. S. 94. 6—108. 5 folgt eine Reihe von Schöffenurtheilen, welche nur S. 103. 5 durch eine Stelle des Magdeb.-Breslauer Rechts (von 1295 §. 14) und S. 104. 2 durch eine Stelle des Sachsenspiegels (III. 86) unterbrochen wird.

d. S. 109. 1—112. 3 scheint ein doktrineller Aufsatz zu seyn, welcher sonst unbekannt ist. Die S. 111. 1 enthaltene Notiz, daß die 3 Gerichte des Burggrafen abgeschafft sind, bin ich nicht im Stande zu verwerthen. S. 110. 5 deutet auf eine Zeit, in welcher eine neue Legislation entstand. — Vielleicht sind diese Sätze identisch mit den in einer Breslauer Handschrift enthaltenen Rechtsregeln, von denen Gaupp (Magdeb. R. S. 172. 203; Schles. Landr. S. 281) bemerkt, daß sie mit Stücken bei Böhme übereinstimmen, leider ohne anzugeben, was übereinstimmt. Daß diese Rechtsregeln vor 1306 entstanden seyn müssen, darf man nicht mit Gaupp (Magdeb. R. S. 172 f.) daraus folgern, daß die Handschrift das Jahr 1306 trägt; sie ist sicher später geschrieben und besteht wohl nur in einer Ueberarbeitung einer Handschrift von 1306 [3]), wobei es dann zweifelhaft bleibt, was bei dieser Ueberarbeitung Neues hinzugekommen ist.

e. S. 112. 4—122. 6 fahren die Schöffenurtheile wieder fort, zum Theil unterbrochen durch einzelne Sätze, welche einer Rechtsquelle angehören. Unter ihnen zeichne ich S. 119. 8. aus, eine entschieden städtische Bestimmung, welche die hohen Vasallen vom Stadtgerichte eximirt (vergl. über diese Stelle S. 327).

f. S. 122. 7—123. 2 sind Stellen des Magd.-Görlitzer Rechts von 1304. Art. 18. 17. 9 (vergl. Weichbild 113. 36. 107—109.)

g. S. 123. 3.—124. 1 enthält Formulare für Klagen wegen Beraubung, Nothzucht und Diebstahl, deren erstes über dem Sachsenspiegel (I. 63. §. 1) entstanden ist und auch in andern Handschriften

---

3) Homeyer Sachsensp. I. S. XXXI.

steht: in einer Schweidnitzer Handschrift (Homeyer Nr. 609), welche eine Bearbeitung des Magdeburg-Breslauer Rechts enthält (Gaupp, schles. Landr. S. 221) [4]), und in einer Breslauer Handschrift verschiedenen Inhalts (Homeyer Nr. 85) in dem Theile, welcher als Weichbild bezeichnet wird („hie beginnen Wichbildes capittel von wot do man Magdeburg besaczte Gaupp, Magd. R. S. 198).

h. In dem ersten Theile der Schrift sind die einzelnen Sätze, sei es daß sie einen konkreten Fall entscheiden, sei es daß sie ohne Bezug auf einen solchen den Rechtssatz aussprechen, nur von geringem Umfange: bei den Schöffenurtheilen folgt auf eine kurze Anfrage ohne detaillirte Angabe der konkreten Verhältnisse eine kurze Entscheidung. Nur selten findet sich eine Beziehung auf die nach dem Recht fragenden oder das Recht sprechenden Schöffen.

Von S. 129. 4 beginnt eine neue Reihe von Schöffenurtheilen, welche zum Theil eine geringere Bearbeitung erhalten haben und in ihrer ursprünglichen Form einander folgen. Jetzt lautet der Eingang z. B. S. 129. 4:

> Unsern fruntlichen grus zuvor Ersamen lieben frunt. Ir habit uns umb recht gefraget in desen worten u. s. w.;

vergl. auch S. 130. 2; 131. 2; 133. 1; 135. 5; 138. 2. Der Anfang der Anfrage ist bei einzelnen dieser Schöffenurtheile verstümmelt, z. B. S. 133. 3; 133. 5; 136. 2.

Der Fall wird hier genauer vorgetragen und die Namen der Parteien angegeben, z. B. S. 130. 2; 135. 5; 138. 2; 156. 3.

i. S. 138. 4 — 140. 4 sind einzelne Sätze ohne den Charakter von Schöffenurtheilen, welche sich zum Theil auf ihre Quelle zurückführen lassen.

k. S. 140. 5 bis zum Schluß folgen wieder Schöffenurtheile, meist in größerer Ausführlichkeit, zum Theil durch einzelne Rechtssätze oder, wie S. 153. 5. 6., durch ein Urtheil des geistlichen Gerichts unterbrochen, welches in der Art seiner Aufzeichnung einer Notiz im Schöffenbuche gleicht [5]).

Wir haben es also mit keiner bloßen Sammlung

---

4) Gaupp übersieht, daß sich diese Stelle schon bei Böhme findet.

5) Es ist zu bedauern, daß Böhme nicht bemerkt hat, ob sich einzelne Theile durch verschiedene Hände ausscheiden lassen.

von Schöffenurtheilen zu thun, sondern Schöffenurtheile wechseln mit sonstigen Rechtssätzen oder rechtlichen Notizen ab [6]. Es fehlt jedes System, jede Spur bewußter Ordnung; die bloße Willkür oder der Zufall scheint das Aufeinanderfolgen der einzelnen Sätze bestimmt zu haben. Daraus erklärt sich, daß ein großer Theil von Stellen an mehreren Orten vorkommt. Bisweilen wird ein Ausspruch an einem andern Orte verkürzt, z. B. S. 91. 1 steht ein Satz von S. 119. 7. Von dem großen Schöffenbriefe S. 112. 5. — 113. 1, welcher drei Fragen beantwortet, findet sich der dritte Fall auch S. 126. 3 wiederholt, ebenso von dem Schöffenbrief S. 92. 1 — 94. 4 der achte Fall auf S. 127. 1. Bisweilen besitzen wir denselben Spruch in verschiedenen Redaktionen, vergl. S. 91. 3 mit S. 129. 3; S. 119. 1 mit S. 121. 1; S. 109. 3 ist die längere Form, ein Auszug daraus S. 115. 6.

Eine große Zahl von Stellen stimmen wesentlich mit einander überein:

90. 1 = 108. 4.	111. 3 = 140. 1.
94. 3 = 127. 1.	116. 8 = 139. 7.
95. 6 — 97. 1 = 127. 2 — 129. 1.	119. 6 = 139. 1.
98. 1 = 108. 5	121. 2 = 140. 2.
99. 4 = 126. 2	121. 5 = 140. 3.
105. 4 = 125. 6.	122. 4 = 140. 4.

Entschieden zusammengehörige Stellen sind auseinander gerissen, z. B. S. 100. 5 und 108. 3; Stellen, welche, wie die Vergleichung mit den Magd. Fragen ergiebt, zusammengehören, sind an verschiedene Orte vertheilt: so gehören die drei Stellen S. 113. 1 (resp. 126. 3), 117. 4 und 117. 6 zu einem Schöffenurtheil, welches M. Frag. I. 1. 24 erhalten ist.

2) Verschiedene Gründe, besonders aber die Uebereinstimmung einzelner Stellen mit dem Magd.-Bresl. R. von 1261 und 1295 weisen darauf hin, daß diese Arbeit zu Breslau entstand: vergl. 125. 5 mit Magd.-Bresl. R. von 1261. §. 71; S. 124. 2; 139. 5. 6 mit Magd.-Bresl. R. von 1295. §. 6., 7, 12, 15. — S. 119. 6. und S. 115. 6 sind Sätze der Rechtsmittheilung, welche a. 1314 von Breslau nach Glogau erfolgte (Tzschoppe und Stenzel Urkundensammlung zur Geschichte des Ursprungs der

6) Dies übersieht Gaupp, Magdeb. R. S. 172.

Städte .... in Schlesien und der Ober-Lausitz. 1832. Nr. 116. §. 20. 21). Auch die Ueberschriften einzelner Urtheile geben Anhaltspunkte zu einer genaueren Bestimmung S. 92. 3:

Vorwert me habit ir uns geschrebin in ewrim briffe in alsus gethan worten: Ex parte Cons. civit. Glogoviae mai. Conss. et Scabinis Civit. wratl. salut. amili premiss.; vergl. auch S. 94. 3.

Es könnte scheinen, als ob das Urtheil von den Breslauer Schöffen gesprochen worden sei; indessen theilt Gaupp (schles. Landr. S. 252) aus einem Cod. Rhedig. (Homeyer Nr. 102), welcher mit dem alten Kulm in bestimmter Verwandtschaft steht, mit, daß nachdem sich die Glogauer nach Breslau gewandt hatten, die Breslauer Schöffen die Fragen zur Beantwortung nach Magdeburg schickten [7]). Es ist möglich, daß einzelne Schöffenurtheile der Sammlung dem Breslauer Oberhof angehören, der Hauptmasse nach sind sie aber Magdeburger Ursprungs; auf S. 97 sagt die neue Ueberschrift:

Hie hebin sich an orteil die geholt sein czu Meideburgk.

Einzelne Urtheile geben sich geradezu als magdeburgische aus, S. 129. 4. — 132. 4; 148. 2 — 149. 2 u. s. w.; andere sprechen aus, daß das um das Urtheil fragende Gericht nach Magdeburger Recht lebt, z. B. S. 103. 3, 121. 4. 5; 140. 3. Auf Magdeburg weisen einzelne Münzbestimmungen, z. B. S. 135. 4: 3 wendische Mark = 36 Schillinge (vergl. Bresl.-Magd. R. v. 1261. §. 2) [8]).

Zur Unterstützung der Ansicht, daß die Sammlung Schlesien angehört, dürfen auch noch die Bestimmungen über das Gewedde herangezogen werden. Es ist bekannt, daß nach dem Sachsenspiegel und dem Magd. Recht der Schultheiß 8 Schillinge als Gewedde erhielt und daß in der Mark Brandenburg, in Schlesien und Preußen das Gewedde auf die Hälfte reducirt wurde [9]). Während der

---

7) Schon Hanow, Preuß. Sammlung III. S. 461, schloß dasselbe daraus, daß es in der Antwort nicht „unser könig", sondern „der könig" heißt und daß die Stelle auch in den Magdeb. Fragen steht.

8) In Schlesien rechnete man seit dem Ende des dreizehnten Jahrhunderts nach Prager Groschen. Tzschoppe und Stenzel a. a. O. S. 89. Stenzel, schles. Geschichte I. S. 256.

9) Gaupp, Magd. R. S. 39. Nr. 10. Miscellen des deutschen Rechts 1830. S. 117—123. Tzschoppe und Stenzel a. a. O. S. 206 f.

Magdeburger Spruch S. 103. 3 und ebenso S. 144. 5 als Gewedde 8 Schillinge angiebt, beträgt dasselbe nach S. 106 (oben) und S. 109. 3 nur 4 Schillinge. Wir können uns diese Differenz wohl am besten so erklären, daß die Magdeburger Schöffen, welche ihr Recht allein kannten und berücksichtigten, die Höhe auf 8 Schillinge angaben und daß derjenige, welcher die Schöffenurtheile in einer Sammlung vereinigte, an der einen Stelle die dem schlesischen Recht entsprechende Reduktion vornahm, an andern Stellen aber sich wörtlich an sein Original anschloß [10]).

Wo uns Orte genannt werden, da gehören sie entweder Schlesien oder dem mit Schlesien im 13. und 14. Jahrhundert in vielfacher Beziehung stehenden Polen an. S. 135. 5 sind die Beklagten zwei Bürger von Troppau, der Kläger ein Bürger von Krakau, welche Stadt schon nach den ältesten Nachrichten Magdeburger Recht besaß [11]). Die Stelle S. 120. 1 findet sich auch in einem Breslauer Coder (Homeyer Nr. 85) und hier sind die Namen ausgeschrieben: Frau von Troppau und Heynemann von Woyczechsdorf (Gaupp Magd. R. S. 176). Andere Stellen deuten darauf hin, daß die das Urtheil fragende Stadt nicht weit von Krakau lag (S. 140. 5, 152. 2).

3) Nur bei wenigen Urtheilen ist die Subscription beibehalten, welche das Jahr enthält: S. 112. 4 aus dem Jahr 1321, S. 112. 5 bis 113. 1. a. 1322 (ebenso S. 126. 3), S. 150. 5. a. 1385. Da dies letzte Schöffenurtheil gegen das Ende der Sammlung steht und in den geringen Daten, welche wir besitzen, sich keine Abweichung von der chronologischen Reihenfolge findet, so ist es anzunehmen, daß die Sammlung keine Urtheile enthält, welche viel später sind, als aus dem Ende des 14. Jahrhunderts. Eine Bestätigung dafür ergiebt sich auch wohl daraus, daß die Handschrift auch eine Urkunde von 1390 enthält.

S. 119. 8 sagt: Dienstleute, welche Ritter zu Mannen haben, können, selbst wenn sie auf handhafter That ergriffen sind, nicht in der Stadt, sondern nur im landesherrlichen Gericht gerichtet werden; über Ritter, Bauern und Knechte urtheilt das Stadtgericht.

---

10) Möglicherweise könnten die letztern Urtheile auch Breslauer Ursprungs seyn.

11) Urkunde v. 1244 bei Bischoff, österreichische Stadtrechte 1857. S. 56.

Auch diese Stelle weis't auf Magdeburger Recht hin; wir kennen nicht die unmittelbare Quelle, sondern besitzen nur noch eine Urkunde, welche dieselbe benützte. Im Jahr 1369 gaben nämlich die Schöffen von Magdeburg der Stadt Breslau ein Weisthum, worin es heißt (Gaupp Magd. R. S. 347 f.):

> Atque inter varias nostri Juris sententias ipsis olim datas et transscriptas dedimus etiam ipsisdem Jus nostre Civitatis in hec verba: Sunt aput nos viri spectabiles ... Ministeriales scilicet, qui in vulgari nostro nominantur dynstlute ... duplicis generis. Primi sunt qui sub se et sub suo omagio tenent et habent Milites et Clientes. Hii si coram nostro Judice in nostra Civitate a quoquam conventi fuerint coram ipso non tenentur respondere, dummodo promittant et Caucionem faciant, quod coram domino nostro vel suo Judice ad hoc constituto certo die compareant actori faciendo justitiae complementum. Alii sunt simplices Milites, clientes, famuli, villani ceterique tales persone seculares. Hii omnes coram nostro Judice in nostra Civitate si ab ipso ad Judicium citati seu evocati debite fuerint, respondere tenentur .... et facere quidquid fuerit juris.

Dasselbe Weisthum steht in einer deutschen Redaktion in einem Breslauer Codex (Homeyer Nr. 85), welche Gaupp a. a. O. S. 350 auch mittheilt. Abgesehen einige offenbare Korruptionen, welche wir auf Rechnung des Schreibers oder Böhme's setzen müssen, stimmt dieselbe wörtlich mit der Stelle bei Böhme (S. 119. 8) überein. Jedenfalls ist das ursprüngliche Weisthum längere Zeit vor 1369 entstanden („olim datas et transscriptas"); ob auch vor 1306, wie Gaupp (a. a. O.) will, läßt sich aus dem Alter der Handschrift nicht schließen (vergl. S. 323. d.). In dem Kulm II. 88 ist die Stelle durch Ausfall einiger Worte unverständlich geworden.

§. 3. Ueber die sogenannten Magdeburger Fragen.

1) In den ältern Ausgaben des Sachsenspiegels steht eine Sammlung von Magdeb. Schöffensprüchen, welche unter dem Namen der Magdeb. Fragen citirt wird und nach Homeyer's Verzeichniß in 7 Handschriften sich findet. Allerdings führt Homeyer S. 171 9 Nummern auf: allein Nr. 366 gehört nicht hieher: die Handschrift enthält auch Magdeb. Urtheile in 3 Büchern,

aber von ganz anderm Inhalt und Nr. 258, die Görlitzer Handschrift ist verloren.

Drei Handschriften sind datirt: die Elbinger (Nr. 182) a. 1461 und 2 Leipziger (Nr. 384, 382) a. 1466 und 1483. Die 4 andern Handschriften sind: eine Leipziger (Nr. 385) aus dem Ende des 15. Jahrhunderts, eine Zwickauer (Nr. 737), eine Handschrift im Besitz des Rathsherrn Köhler in Görlitz (Nr. 358) aus dem 16. Jahrhundert und eine späte lateinische Uebersetzung in einer Danziger Handschrift.

Während in der Böhme'schen Sammlung ohne Ordnung und System die einzelnen Stücke auf einander folgen, sind die Magd. Fragen ein Rechtsbuch, welches die Schöffenurtheile zum praktischen Zweck bearbeitet, in 3 Bücher vertheilt und diese wieder in Kapitel und Distinktionen theilt. Das System giebt die Vorrede an:

> Und dis Buch ist geteilt in drey teil. Das erst saget von dem Rath, was der zu richten hab, und jn angehöret, und von Richter, Schoepffen urteil, Fürsprechen, Erb anzusprechen und von anerstorbnem gut, von Vormundschafft, Kinderalter, Münche erbe, Morgengab, von der gab anfang, und von unehelicher geburt. Das ander sagt von schuld und besitzunge. Das dritte sagt von ungericht, als umb todtschlege.

Daher sind die einzelnen Theile, welche sich auf mehrere Rechtsfragen beziehen, nicht wie bei Böhme als Theile desselben Schöffenbriefs hinter einander mitgetheilt, sondern an verschiedenen Orten in das System eingefügt, vergl. z. B. Böhme S. 92. 1 — 94. mit Magd. Fr. I. 7. 23; I. 1. 25; I. 16. 4, 6; I. 1. 26; III. 7. 4; I. 1. 27; Böhme S. 112. 5 — 113. 1 mit M. Fr. I. 1. 18; I. 1. 24; Böhme S. 153. 6 — 155. 3 mit M. Fr. I. 1. 26; III. 1. 7; II. 2. 14; II. 2. 15; Böhme S. 155. 4 — 156. 2 mit M. Fr. III. 9. 3; I. 6. 3.

Schon in der Vorrede geben sie sich als Magdeb. Urtheile zu erkennen:

> „Hie in diesem Buche heben an etliche fragen der werden herren Schoepffen von Magdeburg, als die von jn für ein Recht (beschrieben) haben gegeben, nach dem mal als sie etliche stücken besonder sind gefraget, die sie von irer weisen kunst so gar meisterlich haben entscheiden (brieflich

under jrem Insigel) das ein jeglicher mann freilich nach Magdeburgischem Rechte, darauff mag bawen und sein grundfeste legen."

Beziehungen auf Magdeburg sind sehr häufig: Schöffen zu Magdeburg (I. 1. 1; I. 1. 4; II. 2. 16 a. E.; I. 11. 1), unsere Stadt zu Magdeburg (I. 1. 1), Städte mit Magdeb. Recht (I. 1. 6).

Auch diese Arbeit ist durchaus nicht das, wofür sie sich ausgiebt, keine bloße Sammlung von Schöffenurtheilen. Manche Stücke können nicht der Entscheidung eines konkreten Falls angehören, sondern sind Weisthümer, Ueberarbeitungen einer gesetzlichen Quelle oder doktrinelle Ausführungen.

Einzelne Stellen sind dem Schwabenspiegel entnommen [12]) und nur in die Form eines Schöffenurtheils gekleidet: I. 21. 1. 2 = Schwabensp. 193. 194; II. 1. 6. = Schwabensp. 84; andere sind eine Ueberarbeitung des Magdeb.-Breslauer Rechts:

M. Fr.	Magd.-Bresl. R.	M. Fr.	Magd.-Bresl. R.
I. 1. 1	a. 1261 §. 1	I. 2. 4	a. 1295 §. 3
I. 1. 7	a. 1261 §. 2	I. 2. 17	a. 1261 §. 12
I. 1. 8	a. 1261 §. 6	I. 7. 1.	a. 1261 §. 48.

Magd. Fr. I. 4. 1 und I. 16. 2 sind mit dem Sachsensp. II. 12. §. 11. 13 (Magd.-Görl. R. von 1304. Art. 86) u. I. 61. §. 3 verwandt.

Während bei Böhme oft die Anfrage selbst vollständig erhalten ist, wird in den Magdeb. Fragen fast überall die konkrete Beziehung weggeschnitten und nur die Rechtsfrage aufgestellt und beantwortet. In vielen Stellen scheint der Verf. nicht ein Schöffenurtheil bearbeitet, sondern sonstige Rechtssätze in die Frage und Antwort eingekleidet zu haben. So enthält z. B. I. 14. 1 eine Ausführung über die verschiedenen Gattungen von Rechtlosen; ferner I. 2. 1:

Wie und in welchen worten der richter sein ding hegen soll, das es geheget sey, und wie viel Schoepffen darzu

---

12) Auch andere Sammlungen von Schöffenurtheilen nehmen Stellen aus dem Schwabenspiegel auf. Nach Hanow Vorr. §. 28 stimmt die Danziger Handschrift (Homeyer Nr. 138) in ihrem siebenten Urtheil ebenso mit dem Schwabensp. 87. 88 überein, wie Kulm V. 60. 61.

sein müssen zum minsten, das ir nicht minder mögen sein, durch die der Richter mög richten ein jegliche sache, oder ob jr zu einer sache mehr müssen sein, denn zu der andern und wie viel zum meisten, und wenn ein Richter auff gehegte Dingstadt kompt, zu welcher stundt oder zeit den die Schoepffen sitzen sollen, dem Richter Ding zu hegen, und wie lang sie darinnen sitzen müssen, von Rechts wegen. Hierauff sprechen wir für Recht u. s. w.

Daß mit einer solchen Ausführlichkeit kein Gericht seine Anfrage über die Gerichtsordnung den Magdeburger Schöffen vorgetragen haben wird, wird uns Jeder zugeben. Die Antwort darauf ist eine doktrinelle Ausführung, welche sich an das Magdeb.-Görl. Recht von 1304. art. 110. anschließt. Vgl. ferner I. 1. 12, II. 2. 13. — An einzelnen Stellen sind rein wissenschaftliche Bemerkungen angehängt, z. B. I. 7. 14:

nach Magdeburgischem Recht und nicht nach Landtrecht, denn so nimpt es der eltervater.

I. 7. 17: Des kindes gut sol fallen zu gleicher teilung, nach Landtrecht, aber nach Magdeburgischem Rechte fellet es auff des vaters bruder kindt.

I. 13. 1: Aber umb alle andere ding und farende habe, als hie-vor gefraget, die sind so manchfeltig, das man das auff kein gemein Recht geschreiben mag.

Das sind Wendungen und Sätze, welche einem Schöffenspruch oder Weisthum wenig entsprechen, sondern dem Bearbeiter des Rechtsbuchs zuzuschreiben sind.

Da die Frage, wie es scheint, häufig erst später zu dem betreffenden Rechtssatz fingirt worden ist, erklärt sich, daß bisweilen Frage und Antwort nicht für einander passen; z. B. I. 2. 8.

Ob ein König oder ein anderer Herre oder ein Erbvogt, der die Vogtey hette in einer Stadt und die Vogtey vermietet einem, der da nicht Mitburger were ob der mieter einen andern setzte an seine stat, der die da hielt von seinet wegen, ob der mieter oder den er gesatzt hat, in der stadt möchte schencken und Gewandt schneiden und ander abentheur pflegen, gleich andern mitburgern. Hierauff sprechen wir für recht. Man mag nicht Gericht noch Vogtey, da man unter Königs Bann dinget, vermieten, wann

der belehende Richter der den Bann empfangen hat, soll selber richten, und mag das nicht eim andern befelhen. Und wer nicht Bürger ist, der mag nicht schencken noch gewandt schneiden, noch ebentheur pflegen inn der Stadt, gleich andern Bürgern, und das mügen die Rathmanne wol weren, und verbieten. V. r. w.

Die Frage wirft hier die beiden Sätze der Antwort auf eine ganz ungehörige Art zusammen. Der Satz, daß der mit dem Königsbann belehnte Richter selbst dem Gericht vorsitzen und keinen Stellvertreter einsetzen soll, kann im 14. Jahrhundert sicher auf keine praktische Gültigkeit Anspruch machen. Bisweilen paßt Frage und Antwort gar nicht z. B. II. 2. 8; dieselbe Frage steht II. 4. 1. und findet dort ihre entsprechende Antwort.

Es müht sich der Verfasser mit der Aufstellung seiner Frage ab, nicht weil der Rechtsfall selbst so sehr complicirt wäre, sondern weil er sich die schwere Aufgabe stellt, zu einem fertigen Satz eine passende Frage zu finden und dem Satz selbst die Gestalt eines Urtheils zu geben; z. B. II. 2. 17; II. 2. 18; II. 3. 3.[31]).

Mit III. 9. 3. hören die numerirten Distinktionen auf und es folgen 25 Sätze, welche spätern oder andern Ursprungs zu sein scheinen[14]). Handschriften zeigen noch besondere Anhänge, welche in den Ausgaben fehlen (vgl. Homeyer S. 32 a. E.). Von dem achten Satze an — ich führe die Zahlen von III. 9. 3. weiter fort — von Erbteile in des Eltern vater gut zu nemen folgt eine ausführliche Darstellung des Intestaterbrechts. Während die Entscheidung einer Frage in den früheren Abschnitten mit den Worten eingeleitet wird: „Hierauff sprechen wir Schoepffen für Recht", steht hier häufig „hierauff spricht das Recht"; III. 9. 8, III. 9. 13. Bisweilen geschieht eines „Textes" Erwähnung, worunter wahrscheinlich der Sachsenspiegel zu verstehen ist, III. 9. 14: Secundum textum et etiam Magdeburg. —

2) Obgleich eine große Anzahl von Stellen den Böhme'schen Schöffenurtheilen und den Magdeburger Fragen gemeinschaftlich ist,

13) III. 9. 3. enthält zugleich die Antwort, welche in der betreffenden Stelle bei Böhme S. 155. 4. fehlt.

14) Nach III. 9. 7. wird das Gut des Selbstmörders confiscirt; dies widerspricht der früheren Stelle III. 6. 2.

so ergeben sich doch, weil die Böhme'sche Arbeit sehr verschiedene Bestandtheile hat, für die Magdeburger Fragen aus dieser Vergleichung nur geringe Resultate.

I. 1. 5. scheint der Spruch auf eine Breslauer Anfrage zu ergehen:

> Werden denn die schoepffen in einer stad des Rechtes gefragt, wissen sie des Rechtes nicht u. nemen der sachwaldigen gelt zu der kost, das Recht zu holen, als zu Preslaw sit ist . . .

Einige der Urtheile sind auf Anfrage der Kulmer Schöffen gesprochen; so ist I. 1. 10. ein Theil des großen Schöffenbriefes, welchen 1338 die Kulmer von Magdeburg empfingen; aus einem Schweidnitzer Codex (Homeyer nr. 608.) hat ihn Gaupp (schles. Landr. S. 272 ff.) herausgegeben; er steht außerdem in einer Handschrift des Königsb. Geh. Archivs A. 78: „Colmische Privilegia . . . Item Magdeburgische geholte Urtel auff Underschiedtliche Fragen. Ab Anno 1431. Zuesam getragen und verfasset." Das 23te Urtheil dieses Codex stimmt auch mit Magdeb. Fr. III. 1. 6. überein.

I. 1. 28. ist eine Anfrage von Thorn aus nach Magdeburg; sie steht auch in der Königsberger Handschrift der Wallenrodt'schen Bibliothek Fol. nr. 1., wo auf S. 119 eine Reihe von Urtheilen mit der Ueberschrift beginnt:

> Dis seint etzlich ortel, so ein Rath der stadt thorn sich etwann bey den scheppenn von Magdeburg befraget und ferner recht dorauff zu sprechen belernt haben. Vergl. hier I. nr. 45.

Die Schöffen entscheiden: „Juristen noch Legisten sollen der herren brieff die sie iren undersassen geben, nicht bedeuten noch auslegen." Ich bemerke, daß schon im Beginn des 14. Jahrhunderts man in Preußen gelehrte Juristen zuzog, um Privilegien auszulegen. Voigt Codex diplom. Boruss. I. Regesten p. XXIII. a. 1300: „Petrus von Bellapertica und Hugo de Bisuntio sprechen ihr Gutachten über verschiedene streitige Punkte in dem Fundationsprivileg Elbings von Heinrich von Hohenlohe aus."

Für II. 5. 2. läßt sich vielleicht der Ort des anfragenden Gerichts noch auffinden, da die Interpretation einer Stelle aus dem Statut verlangt wird.

Nur für wenige Stellen läßt sich die Zeit angeben:

I. 1. 24 = Böhme S. 113. 1. a. 1322.

III. 6. 1. = Böhme S. 150. 5. 6. a. 1385.

Da ferner auch ein großer Theil von Urtheilen in den sogen. Poelmann'schen Distinktionen sich wiederfindet [15]) und diese nicht nach 1402 geschrieben sein können (Homeyer a. a. O. S. 36), da ferner die Magdeburger Fragen bereits in einer Handschrift von 1461 stehen, so müßten sie zwischen 1385—1461 entstanden sein [16]).

4) Daß der größten Zahl nach die Urtheile Magdeburgischen Ursprungs sind, ist unzweifelhaft. Doch entsteht die Frage, ob die Sammlung in Magdeburg selbst verfaßt sei, oder ob an einem andern Ort, wo Magdeburgisches Recht galt, ein Schöffe die dorthin gesandten Schöffenurtheile mit sonstigen Rechtssätzen zu einer systematischen Arbeit zusammenstellte; — diese Frage wage ich nicht zu entscheiden.

Die Annahme Hartknochs (a. a. O. S. 574), daß sie in Preußen entstanden sei, wurde schon mehr als 100 Jahre früher von dem Verfasser der Glosse und des Vorworts zum Kulmischen Recht aufgestellt (Hdschr. der Königsb. Rathsbibl. S. 10. 4°):

> Es haben auch weiter unser vorfahren, dieselbigenn Magdeburgischen frogen, so im Colmischen buche hin und her vorfasset, auch andere fragen mehr, In ein ordnung dreier bucher zusampne gebracht und domit wir nachkommenden Ires fleisses spuren, u. begyr zu der gerechtigkeit, haben sie sich beflissen, wo sie In andern Landen, do man auch Magdeburgisch recht gebraucht, etliche fragen erfaren, die haben sie mit allem fleis an sich gebracht u. in die Ordnung dreyer bücher gesetzt, welche nach itzund vorhanden jm druck u. die Magdeburgischen fragen heissen oder die Distinctiones.

---

15) Vergl. Ortloff, Rechtsb. nach Distinktionen. S. L. Note 136.

16) Schweikart (a. a. O. S. 268.) glaubt, daß die Arbeit der Mitte des 14. Jahrhunderts angehöre. — Wie Zobel bei seinen Ausgaben überhaupt sich nicht strenge an die Handschrift anschloß, sondern den Text überarbeitete, so scheint der Herausgeber auch die Sprache dieser Urtheile modernisirt zu haben.

§. 4. Das Verhältniß der Böhme'schen Sammlung und der Magdeburger Fragen unter einander.

Ein großer Theil von Schöffenurtheilen ist beiden Sammlungen gemeinschaftlich; von den Magdeburger Fragen findet sich etwa $^1/_3$ auch bei Böhme und umgekehrt ist von Böhme etwa $^1/_3$ in die Magdeburgischen Fragen aufgenommen. Nachstehende Tabelle giebt die Parallelstellen an.

Magdeb. Fr.:	Böhme:	Magdeb. Fr.:	Böhme:
I. 1. 11.	121. 6; 116. 1.	I. 6. 9.	100. 5, 108. 3.
I. 1. 13.	135. 4.	I. 6. 10.	121. 4.
I. 1. 14.	134. 9; 135. 1.	I. 7. 3.	145. 2.
I. 1. 15.	135. 2.	I. 7. 4.	91. 3, 129. 3.
I. 1. 17.	143. 3.	I. 7. 5.	91. 3.
I. 1. 20.	135. 2.	I. 7. 13.	144. 1.
I. 1. 24.	113. 1. (126. 3); 117. 4, 6.	I. 7. 15.	126. 1.
		I. 7. 16.	125. 1.
I. 1. 25.	92. 3, 4.	I. 7. 17.	125. 2.
I. 1. 26.	93. 5, 6.	I. 7. 18.	112. 5.
I. 1. 27.	94. 1—4.	I. 7. 23.	92. 1. 2.
I. 2. 5.	148. 3.	I. 8. 2.	(132. 1)
I. 2. 6.	153. 6; 154. 1.	I. 8. 4.	(105. 4, 132. 1)
I. 2. 13.	141. 2, 3.	I. 8. 8.	119. 6, 139. 1.
I. 2. 15.	149. 1, 2.	I. 8. 10.	101. 5, 118. 1.
I. 2. 25.	134. 3.	I. 9. 2.	153. 2, 3.
I. 2. 28.	107. 3.	I. 9. 3.	145. 1.
I. 3. 3.	147. 3, 4.	I. 9. 5.	146. 1, 2.
I. 3. 4.	150. 3, 4.	I. 11. 1.	146. 3.
I. 3. 6.	147. 5, 6.	I. 12. 5.	151. 4, 5.
I. 3. 8.	137. 1, 2.	I. 12. 8.	101. 3.
I. 3. 12.	144. 2. 3.	I. 14. 3.	134. 1, 2.
I. 3. 16.	135. 5, 136. 1.	I. 14. 6.	134. 4, 5.
I. 3. 18.	(151. 6, 152. 1).	I. 14. 7.	134. 6, 7.
I. 5. 2.	132. 4, 5.	I. 15. 1.	135. 5, 136. 1.
I. 5. 4.	137. 5, 138. 1.	I. 15. 5.	153. 4, 5.
I. 5. 5.	148. 4.	I. 15. 7.	140. 5, 141. 1.
I. 6. 2.	149. 3, 4.	I. 16. 1.	144. 4, 5.
I. 6. 3.	156. 1, 2.	I. 16. 6.	93. 2.
I. 6. 5.	156. 3, 157. 1.	I. 19. 2.	125. 4.

Magdeb. Fr.:	Böhme:	Magdeb. Fr.:	Böhme:
II. 1. 1.	145. 5, 6.	III. 1. 8.	95. 4, 5.
II. 1. 2.	145. 7.	III. 1. 9.	98. 1. (108. 5).
II. 2. 7.	143. 5.	III. 1. 10.	(90. 1) 108. 4.
II. 2. 8.	104. 4.	III. 1. 12.	91. 2.
II. 2. 10.	145. 3.	III. 4. 1.	138. 4.
II. 2. 14.	154. 5, 155. 1.	III. 4. 2.	142. 3, 4.
II. 2. 15.	155. 2, 3.	III. 4. 3.	143. 1, 2.
II. 2. 20.	115. 2.	III. 6. 1.	150. 5, 6.
II. 3. 1.	151. 2, 3.	III. 7. 1.	136. 2, 3.
II. 3. 2.	142. 1, 2.	III. 7. 2.	144. 6.
III. 1. 1.	141. 4, 5.	III. 7. 4.	93. 7, 8.
III. 1. 3.	147. 1.	III. 9. 3.	155. 4.
III. 1. 7.	154. 2, 3.		

So viel steht von vorne herein fest, daß die Böhme'sche Sammlung nicht aus den Magdeburger Fragen geschöpft haben kann: sonst wäre das System von Einfluß gewesen, es würden bei Böhme nicht die der Zeit und Gelegenheit der Anfrage nach zusammengehörigen Schöffenurtheile hinter einander stehen, die Anfragen könnten nicht so konkreter Art sein.

Nur das umgekehrte könnte möglich sein; dabei ist jedoch zu bemerken, daß diejenigen Theile, welche wir oben als doktrinelle oder gesetzliche Quellen bezeichnet haben (94. 5, 109. 1—112. 3, 122. 7—124. 1), in den Magdeburger Fragen keine Aufnahme gefunden haben.

Schon dies deutet darauf hin, daß bei den Magdeburger Fragen die Böhme'sche Sammlung selbst überhaupt nicht benützt ist. Es lassen sich aber noch deutlichere Beweise beibringen: es finden sich bei Böhme einzelne kurze Sätze, welche in den Magdeburger Fragen in ihrem äußern Zusammenhange erscheinen; vgl. z. B. Böhme 121. 6. u. 146. 3. mit Magdeb. Fr. I. 1. 11.

Es finden sich bei Böhme abgerissene Stellen, deren Zusammenhang erst aus einer Vergleichung mit den Magdeburgischen Fragen klar wird, z. B. Böhme 101. 3. verglichen mit Magdeb. Fr. I. 12. 8.

Wenn daher beiden Sammlungen manches gemeinsam ist, so dürfen wir doch nicht schließen, daß eine die andere benützte, sondern nur daß sie beide aus der gleichen, uns unbekannten Quelle geflossen sind.

§. 5. Das Verhältniß der Böhme'schen Sammlung zum Kulm.

Ein sehr großer Theil der Böhme'schen Sammlung ist in den Kulm übergegangen, zuerst 90. 1. — 94. 4, sodann 94. 6. — 108. 5. mit geringen Unterbrechungen; dann S. 112. 4—122. 6, 124. 2—129. 3, und noch einige folgende Stellen [17]).

Obgleich der Kulm das Recht systematisch darstellen will und den Stoff in fünf Bücher eintheilt, bleibt doch oft das nur äußerlich zusammengehörige auch bei der Bearbeitung zusammen, s. III. 44— III. 57. der große Schöffenbrief von Böhme S. 92. 1—94. 4.

Trotz dieser großen Uebereinstimmung dürfen wir doch keine Benützung der Böhme'schen Sammlung annehmen; es ist vielmehr eine andere, wohl frühere Sammlung, welche zum Theil weniger enthielt, mit andern Quellen zum Kulm verarbeitet. Diese uns verlorne Redaktion wurde mit manchen Zusätzen vermehrt zur Böhme'schen Sammlung, mit Herbeiziehung anderer Quellen zum Kulm. Gerade daraus, daß einzelne Stellen im Kulm nicht aufgenommen sind, können wir schließen, daß sie in der ursprünglichen Sammlung zum großen Theil fehlten und erst später hinzukamen, um die Böhme'sche Sammlung zu bilden. Die Vergleichung mit dem Kulm führt zu gleichen Resultaten, wie wir sie bei der Betrachtung der Böhme'schen Sammlung an sich (oben §. 2.) erhalten haben. Es fehlt im Kulm z. B. Böhme S. 94. 5, jene Willkür (§. 2b), S. 104. 2. eine Stelle des Sachsenspiegel (III. 86.), S. 105, 1, welche Stelle lückenhaft ist, S. 109 — S. 112. 3, vgl. oben §. 2. d, S. 122. 7—124. 1, vgl. oben §. 2. f., ferner S. 126. 4, welche Stelle sich dadurch auszeichnet, daß nicht blos die Klage und das Urtheil, sondern die gesammten gerichtlichen Verhandlungen mit allen Fragen und Antworten mitgetheilt werden. Von S. 129. 4., wo die ausführlichen Schöffenurtheile beginnen, fehlt wieder die Bearbeitung des Kulm, aber sie findet sich S. 139. 1—S. 140. 4 bei einzelnen Rechtssätzen. Von S. 140. 5 beginnen wieder die Urtheile, welche nicht aufgenommen sind [18]); diese Stellen haben einen andern Charakter, wie die

---

17) Böhme hat nicht alle Parallelstellen angeführt.

18) S. 145. 2. findet sich allerdings auch im Kulm IV. 6, lautet aber ebenso

frühern Urtheile und sind daher auch wohl erst später der ursprünglichen Sammlung zugefügt.

Wir stellen noch einzelne Bemerkungen zusammen, welche den Beweis geben, daß Böhme nicht benützt ist.

Kulm IV. 88—90. beziehen sich auf denselben Gegenstand und folgen so auch in den Magdeb. Fr. I. 8. 12. auf einander, aber Böhme hat nur den letzten Theil (Kulm IV. 90.) S. 101. 3. [19]).

Stellen, welche bei Böhme verwirrt oder verdorben sind, haben im Kulm einen glatten Zusammenhang, z. B. Kulm III. 29. (= Magdeb. Fr. III. 1. 10.) vgl. mit Böhme S. 90. 1.

Im Kulm finden sich bisweilen bessere Lesarten, z. B. IV. 60. vgl. mit Böhme S. 103. 2; Kulm IV. 80. (welches sich annähert an Magdeb. Fr. I. 7. 16.) ist klarer als Böhme S. 125. 1.

Von II. 40. 41, welche zusammengehören, findet sich nur II. 40. bei Böhme S. 112. 5, II. 41. in Magdeb. Fr. I. 7. 18. Kulm II. 80. vgl. mit Böhme S. 106 oben, giebt als Gewedde 4 Schillinge an, nur Codex A. — aber dies ist der wichtigste, weil ursprünglichste — hat als Gewedde 8 Schillinge: es ist dies ein Beweis dafür, daß Codex A. wirklich aus einem Magdeburgischen Urtheil schöpfte, während die andern Handschriften und ebenso auch Böhme das Gewedde mit Bezug auf Schlesien oder Preußen reducirten. Es folgt daraus, daß die Böhme'sche Sammlung selbst eine Ueberarbeitung ist und bei Redaktion des Kulm nicht benützt sein kann. —

Die Stellen aus Böhme sind nicht unverändert herübergenommen, sondern einer Bearbeitung unterworfen. Wo Böhme Frage und Antwort sondert, hat der Kulm oft beide zusammengezogen und einen einfachen Rechtssatz hingestellt. S. 95. 2, 3. in Kulm III. 28, S. 95. 6. 7. in Kulm IV. 12. Es finden sich im

---

auch in Magdeb. Fr. I. 7. 3, woher diese Stelle in den Kulm wahrscheinlich durch Vermittlung einer mit den Magdeb. Fr. zusammenhängenden Sammlung gekommen ist.

19) Im Kulm steht „noch beschrebenem rechte“; dies fehlt in den beiden anderen Recensionen und darf vielleicht auf eine Bestimmung des schlesischen Landrechts c. 77. (bei Gaupp a. a. O. S. 99) bezogen werden: während nämlich der Sachsenspiegel die Veräußerungsbeschränkung auf Immobilien im Allgemeinen bezieht, schränkt sie das schles. Landr. auf ererbte Immobilien ein.

Kulm auch doktrinelle Zusätze, z. B. Kulm III. 63. am Schluß: wedir das recht habe wir eyne willekore, vgl. Böhme S. 104. 4, wo die letzten Worte fehlen [20]).

Das Resultat ist: im Kulm findet sich ein großer Theil der Schöffenurtheile und Rechtssätze, welche bei Böhme stehen. Es ist aber nicht die Böhme'sche Sammlung, sondern eine dieser zu Grunde liegende Sammlung, etwa aus der Mitte des 14. Jahrhunderts, benützt, in welcher viele Stücke, welche Böhme enthält, fehlen.

§. 6. Das Verhältniß der Magdeburger Fragen zum Kulm.

Eine Vergleichung beider Quellen lehrt, daß ein großer Theil der Magdeburger Fragen seinem materiellen Inhalt nach im Kulm enthalten ist, allerdings sehr viel weniger, als von Böhme. Aber während zwischen Böhme und Kulm meistens eine wörtliche Uebereinstimmung stattfindet, fehlt diese gewöhnlich zwischen den Magdeburger Fragen und dem Kulm, da jene selbst bereits eine Ueberarbeitung sind. Wir werden wiederum annehmen müßen, daß trotz der materiellen Uebereinstimmung die Magdeburger Fragen keine unmittelbare Quelle sind, sondern beiden Sammlungen eine gemeinschaftliche Quelle zu Grunde liegt.

I. 7. 18. enthält weniger als Kulm II. 41.

In Fällen, wo Böhme und die Magdeburger Fragen denselben Schöffenspruch haben, schließt sich der Kulm mehr an Böhme an; vgl. Kulm I. 15 mit Böhme S. 113. 1 und Magdeb. Fr. I. 1. 24. Im Kulm und bei Böhme erscheint dieser Satz als letzter Theil eines Schöffenurtheils, woher ihm auch die Subskription folgt, in den Magdeburger Fragen dagegen ist er mit andern Gegenständen zu einem längeren Abschnitte verarbeitet.

Vergl. ferner Kulm II. 55. mit Magdeb. Fr. II. 2. 19. und Böhme S. 104. 3, Kulm III. 67. mit Magdeb. Fr. III. 1. 12. und Böhme S. 91, 2, Kulm IV. 105. mit Magdeb. Fr. I. 8. 10. und Böhme S. 101. 5.

---

20) Vgl. Stobbe, zur Geschichte des deutschen Vertragsrecht. S. 84. Note 12.

Während die Magdeburger Fragen mehrere Gegenstände desselben Schöffenbriefes, welche bei Böhme zusammenstehen (vgl. S. 92. 1—94. 4), dem System gemäß an verschiedene Stellen vertheilen (I. 7. 23; I. 1. 25; I. 16. 4, 6; I. 1. 26; III. 7. 4; I. 1. 27.), folgen sie im Kulm (III. 44—57.) aufeinander.

An einigen Stellen allerdings findet eine größere Verwandtschaft zwischen dem Kulm und den Magdeburgischen Fragen statt, so Kulm III. 29. vgl. mit Magdeb. Fr. III. 1. 10. und Böhme S. 90. 1.

Vielleicht ist jene Quelle, welche dem Kulm und den Magdeb. Fragen zu Grunde liegt, dieselbe, welche wir auch als gemeinschaftliche Quelle für Böhme und den Kulm annahmen.

§. 7. Die übrigen Quellen des Kulm.

In dem Kulm sind noch andere Rechtsquellen, besonders das Breslauer Recht und der Schwabenspiegel verarbeitet worden.

a. Das Weisthum, welches im Jahre 1261 die Magdeburger über das bei ihnen geltende Recht nach Breslau schickten, ist in dem Kulm vollständig übergegangen, die Reihenfolge ist verändert, weil das System des Kulm eine Umstellung verlangte. Bei Tzschoppe und Stenzel (Urk. B. nr. 56.), wo das Weisthum zuletzt und aus dem Original abgedruckt ist, finden sich die Parallelstellen zum Kulmischen Recht genau angegeben. Im Ganzen ist es wörtlich aufgenommen und die absichtlichen Abweichungen sind nicht sehr zahlreich; auch hier schließt sich Codex A. genauer an die Quelle an. Bekannterweise haben die Breslauer jenem Schöffenweisthum später noch mehrere Paragraphen angehängt, welche zum Theil dem Sachsenspiegel entlehnt sind, zum Theil sich auf keine Quelle zurückführen lassen und welche später a. 1283 von dem Herzog bestätigt wurden (Tzschoppe und Stenzel nr. 76.). Auch diese sind in den Kulm übergegangen, mit Ausnahme von §. 76, der Bestimmung, daß wer das Eigenthum eines Thieres ableugnet, für den Schaden, welchen dasselbe gemacht hat, nicht einzustehen braucht.

b. Die Magdeburger Schöffen schickten a. 1295 eine zweite Rechtsmittheilung nach Breslau (Tzschoppe und Stenzel nr. 96); auch sie ist im Kulm verarbeitet, und auch hier findet die größte

Uebereinstimmung im Codex A. statt, vgl. §. 5. 17. 20. mit Kulm III. 110, II. 82, II. 38. Die Parallelstellen bemerkt Stenzel.

c. Wenn das von Magdeburg a. 1304 nach Görlitz gesendete Weisthum (Tzschoppe und Stenzel nr. 105.) im Kulm benützt sein sollte, so würde dies in sehr viel geringerem Grade geschehen sein, als bei andern Quellen. Es sind nicht blos diejenigen Stellen im Kulm nicht aufgenommen, welche sich mehr oder weniger an Stellen des Rechts von 1261 und 1283 anschließen, sondern auch sehr viele andere, welche in ältern Rechtsaufzeichnungen keinen Anhalt finden. Nur dem Inhalt nach stimmen einige Stellen des Görlitzer Rechts von 1304 mit dem Kulm überein, ohne der Form und den Worten nach gleich zu sein: so §. 13. und Kulm II. 30., §. 25 und III. 66., §. 30. und III. 17., §. 101 und III. 61., §. 112. und II. 53., §. 113. und V. 5., §. 117. und III. 36., §. 136. und IV. 96., §. 138. und III. 88—90. Nur zwei Stellen finden sich fast wörtlich wieder: §. 89. und §. 111., vergl. mit III. 80. und II. 53.

Da also nur ein kleiner Theil wörtlich übereinstimmt, ein anderer nur dem Inhalt nach dem Görlitzer Recht angehört, so ist das Görlitzer Weisthum von 1304 nicht benützt [21]), sondern eine andere Sammlung Magdeburger Rechtssätze, welche uns unbekannt ist. Bei dem rein kompilatorischen Charakter des Kulm ist es kaum denkbar, daß der Verfasser in Betreff der verschiedenen Quellen eine so verschiedene Methode hätte befolgen sollen. Es benützt derselbe also nicht Magdeburgisches Recht überhaupt, sondern nur Magdeburg-Breslauer Recht, nicht zugleich Magdeburgisches Recht, wie es andere Städte Schlesiens befassen. Und daß das Recht von 1304 in Breslau im 14. Jahrhundert nicht recipirt wurde, dafür liefert einen Beweis, daß die Breslauer bei Mittheilung ihres Rechts an andere Städte blos die Weisthümer von 1261 u. 1295 übersendeten [22]). Was aber jene beiden Paragraphen 89 u. 111 betrifft, so können dieselben einer etwa später erfolgten Vermehrung des Breslauer Rechts entnommen sein. Wir sehen auch aus der Mittheilung Breslauer Rechts an Glogau a. 1314 (bei Tzschoppe und Stenzel nr. 116.), daß einzelne Sätze des Görlitzer Rechts

21) Mit um so mehr Unrecht citirt Leman immer diese Quelle.

22) Vgl. Tzschoppe und Stenzel, nr. 92, nr. 96 Note.

von 1304 auch in Breslau galten; sie theilen hier mit §. 37, 111, 112, 36, 2, 89, 17. Hier finden sich also auch schon jene beiden Stellen. §. 89 stimmt überdies wörtlich mit Sachsenspiegel III. 6. überein; statt des Burggrafen des §. 111. setzt ebensowohl der Kulm II. 53., als jene Rechtsmittheilung nach Glogau: Voigt [23]). Es sind daher jene Stellen durch das Breslauer Recht vermittelt in den Kulm gekommen.

d. Kulm II. 22. steht auch in der Breslauer Rechtsmittheilung an Glogau a. 1314 (a. a. O. §. 20.).

e. Kulm V. 14. bis zum Schluß — eigentlich nur bis Kap. 72.; indessen stehen die beiden letzten Kapitel 73 und 74 nur in der Handschrift C. — sind aus dem Schwabenspiegel genommen [24]) und zwar zum Theil in derselben Reihenfolge, welche die Handschrift von Laßberg befolgt.

Kulm:	Schwabenspiegel:	Kulm:	Schwabenspiegel:
15	182.	33	228—230.
16	183.	34	258.
17	(184.)	35	231.
18	185.	36	232.
19	192.	37	233. 34.
20	193.	38	235.
21	194.	39	253. c.
22	200.	40	254.
23	201. a—n.	41	252.
24	201. o—v.	42	253. a. b.
25	204. 205.	43	316. 317.
26	212.	44	328.
27	213.	45	346.
28	202.	46	347.
29	225.	47	13.
30	226.	48	360.
31	227. a.	49	15.
32	227. b.	50	27.

---

23) Vgl. auch die verschiedenen Formen des Weichbilds, Zobel art. 17., Mühler, art. 73., Daniels, art. 19., Wilda, art. 12.

24) Es ist auffallend, daß Gaupp (schles. Landr. S. 254) diese Quelle nicht bemerkt hat; er sagt, es schwebe über dem fünften Buche noch ein Dunkel.

Kulm:	Schwabenspiegel:	Kulm:	Schwabenspiegel:
51	28.	62	89.
52	54. 55.	63	113. a.
53	56.	64	159.
54	57.	65	160.
55	61. a.	66	116. 117.
56	61. b.—64.	67	368. I.
57	74. 75.	68	370. II.
58	76.	69	371.
59	79.	70	372.
60	88.	71	373.
61	87.	72	374.

V. 67. und V. 68. geben Stellen des Schwabenspiegels wieder, welche nicht in allen Handschriften, unter andern aber in der Königsberger Handschrift (Homeyer nr. 364.) stehen. Vergleiche Schweikart a. a. O. S. 267. N. 45.

f. Leman verweist bei seinen Quellenangaben häufig auf den Sachsenspiegel und das Weichbild; er folgte hier in sehr unkritischer Weise der sogen. Husing'schen Glosse, welche den Kulm aus dem Weichbild, dem Sachsenspiegel und den Magdeburger Fragen ableitete. Hartknoch (S. 575. 76) hatte dieselbe Ansicht vertheidigt und noch Schöffenbriefe hinzugefügt, welche von Kulm aus an andere Städte ergingen. Schon Hanow (§. 37.) hatte sich gegen die unmittelbare Benützung erklärt, nahm jedoch an, daß eine Sammlung benutzt sei, aus welcher Sachsenspiegel und Weichbild erst geflossen sei.

Die bisherigen Resultate sind übersichtlich folgende: es sind in den Kulm übergegangen

a. Das gesammte Magdeburg-Breslauer Weisthum von 1261, resp. 1283 und von 1295;

b. einzelne Stücke sonstigen Breslauer Rechts;

c. ein großer Theil der Böhme'schen Sammlung, welcher zu Breslau gegen Ende des 14. Jahrhunderts entstanden zu sein scheint; doch ist nicht diese Sammlung selbst, sondern eine kürzere ältere benützt, welche etwa der Mitte des 14. Jahrhunderts angehören mag.

d. eine Sammlung von Schöffenurtheilen und Rechtssätzen,

welche mit den Magdeburger Fragen in materieller Beziehung vielfach übereinstimmt;

e. ein Theil des Schwabenspiegels.

§. 8. Ueber den Entstehungsort des Kulm.

Schon aus dem Umstande, daß die Quellen des Kulm zum größten Theil Schlesien angehören, läßt sich schließen, daß dort auch der Kulm entstand. Schon früh ist diese Ansicht aufgestellt worden. Während Hartknoch in seiner dissertatio de jure Prussorum. Regiom. 1677. 4. die Entstehung in Preußen annahm, vertheidigt er die richtige Ansicht in seiner spätern Schrift „Altes und neues Preußen" 1684. S. 577 ff. Der Widerspruch Hanows (§. 33 ff.), es sei der Kulm in Preußen abgefaßt und im Anschluß an ihn erst das Breslauer Recht entstanden, hat wenig vermocht. Ziemlich allgemein wird jetzt angenommen, daß der Kulm in Schlesien entstand (z. B. Schweikart S. 296 ff., Gaupp Magdeb. Recht S. 122 ff., schlesisches Landrecht S. 9. Note **), S. 250 ff.), und nur Voigt (Geschichte Preußens VI. S. 594 f. und übersichtliche Darstellung der Rechtsverfassung Preußens 1834. S. 17) vertheidigt die Entstehung in Preußen.

Daß wir die Sammlungen von Schöffenurtheilen nicht kennen, aus denen der Verfasser unmittelbar schöpfte, darf uns in unserer Ansicht nicht irre machen; denn nur eine verhältnißmäßig unbedeutende Zahl von Schöffenurtheilen ist bisher edirt. Wie groß der Reichthum an Schöffenurtheilen im Mittelalter war, können wir schon aus der Notiz entnehmen, daß ein Breslauer Schöffe, zwischen 1384—1390, um sich auf sein Schöffenamt würdig vorzubereiten, mehr als 1600 Schöffenurtheile durchlas und zu einem Remissorium verarbeitete (vgl. Gaupp schles. Landr. S. 211).

Außer den Quellen weisen noch sonst manche Umstände auf Schlesien:

a. Die Rechnung nach Böhmischen Groschen. Aus II. 37. und III. 35. können wir folgende Münzverhältnisse entnehmen: 1 Pfund = 20 böhmische Groschen; 18 Pfund = 7½ Mark böhmischer Groschen polnischer Zahl; also 1 Mark = 48 böhmische Groschen. Stenzel Urkundenb. S. 90. sagt mit Bezug auf Schlesien: „Eine Mark bestand aus Prager Groschen nach

der in Polen gewöhnlichen Zahl, nemlich 48, und bemerkt, daß man nach Urkunden von 1348, 1374, 1377 in Breslau sich dieser Rechnung bediente.

b. Im Kulm II. 83 b findet sich in deutscher Uebersetzung ein Theil der Urkunde, durch welche Herzog Heinrich IV. a. 1283. den Breslauern den Gebrauch des Magdeburgischen Rechts von 1261 bestätigte (Tzschoppe und Stenzel nr. 76). Allerdings findet sich dieses Kapitel nur in der Handschrift A. und in einer jedenfalls verwandten Elbinger Handschrift (Homeyer nr. 180.); allein dies vermindert nicht die Beweiskraft, weil Codex A. am meisten den ursprünglichen Text giebt und die andern Handschriften bereits mehr Zeichen einer Ueberarbeitung für Preußen an sich tragen.

c. Gaupp (schles. Landrecht S. 238 ff.) berichtet über einen Rhedigerschen Codex zu Breslau (Homeyer nr. 102.) aus dem 15. Jahrhundert, welcher außer andern Stücken eine mit dem Kulm fast ganz übereinstimmende Sammlung in 5 Büchern enthält. Demselben wird dasselbe Privileg v. 1283 als Einleitung, gleichsam zur Beglaubigung des nachfolgenden Magdeburg-Breslauer Rechts vorangeschickt [25]). Diese Handschrift enthält in den ersten vier Büchern mehrere nicht numerirte Kapitel und einige Urkunden entschieden Breslauer Ursprungs, welche im Kulm fehlen. Vom fünften Buch stimmen nur die ersten 10 Kapitel mit dem Kulm überein, das übrige fehlt in demselben.

Wir können hienach annehmen, daß zu Breslau eine Sammlung des hier geltenden Rechts entstand, daß diese dann mit Vermehrungen zum Rhedig. Codex, und mit Vermehrungen im fünften Buche, welche dem Schwabenspiegel entnommen wurden, zum Kulm wurde. Mit diesem Rhedigerschen Codex scheinen mehrere Handschriften übereinzustimmen: ein Codex der Nostiz'schen Bibliothek zu Prag (Homeyer nr. 539, Nietzsche Allgem. Liter.-Zeitung 1827. S. 702. 703. Note 15) und eine Handschrift des Breslauer Stadtarchivs (Homeyer nr. 94.), welche Gaupp in Richter's kritischen Jahrbüchern beschreibt. Ferner bespricht Hartknoch

25) Auch Hartknoch (S. 577 f.) erwähnt eines Marienburger Manuskripts, welches mit dem Privileg Heinrichs beginnt; er glaubt, daß es Herzog Heinrich III. sei und daß dieser der Stadt Breslau diese Rechtssammlung gegeben habe. Mit Recht erhebt Hanow (§. 34) gegen den letzten Theil der Ansicht Widerspruch.

(S. 578) zwei Handschriften, welche sich gleichfalls zu Breslau befanden und von einem gewissen **Thomas Schorbach** a. 1517. und 1519 (? 1518.) geschrieben waren (**Homeyer** nr. 129, 430.): auch sie beginnen mit dem Privileg und stimmen mit dem alten Kulm wesentlich überein; im fünften Buch haben sie nur die ersten 12 Kapitel des Kulm, dann 6 andere Kapitel und die Willkür der Stadt Breslau. Auch eine Handschrift des Geheimen Archivs zu Königsberg nr. 28. betrachtet das fünfte Buch als ein zum Kulmischen Recht eigentlich gar nicht gehöriges; sie hat alle 5 Bücher, schließt aber mit den Worten: hie haben eyn ende die vire Colmischen Bücher, doneben auch das funfft Buch, das man nennet Jura communia [26]) vollendet de Sonnobent noch Galli. Anno domini 1529.

d. Die beiden von **Hartknoch** erwähnten Breslauer Abschriften enthalten die wichtige Notiz, daß dies Recht von Breslau nach Namslau geschickt worden sei:

> Nach Gottes gebuhrt An. 1395 am Sonnabend vor Conversionis Pauli haben die Rahtmanne u. Schoeppen zu Breszlau alle vorgeschribene Stücke einträchtiglich auffgetragen u. gen Namslau vor Recht geschrieben.

Die Stadt Namslau besaß Magdeburger Recht und verpflichtete sich a. 1359. in zweifelhaften Fällen ihr Recht von Breslau zu holen (**Tzschoppe** und **Stenzel** nr. 175.). Man stellte also für die Tochterstädte in Breslau das hier geltende Recht zusammen und übersendete es denselben.

Wäre der Kulm in Preußen und nicht in Schlesien entstanden, so bliebe es unbegreiflich, warum man nur fremde Quellen benützte und die einheimischen unberücksichtigt ließ: es findet sich keine Spur, daß die kulmische Handfeste benützt sei, keine Beziehung auf das flämische Recht; die von Magdeburg nach Kulm a. 1338. gesendeten Schöffenurtheile, welche **Gaupp** (schles. Landr. S. 272 ff.) nach einer Breslauer Handschrift abdruckt und welche auch in einer Handschrift des Königsberger Geheimen Archivs (A. 78.) stehen, sind nicht aufgenommen.

---

26) Vielleicht ist dieser Ausdruck jura communia darauf zu beziehen, daß das fünfte Buch fast ganz aus dem Schwabenspiegel, dem Kaiserrecht geschöpft ist.

Im Kulm finden sich, besonders im Erbrecht, Widersprüche mit demjenigen Recht, welches wirklich kulmisches Recht ist (Hartknoch S. 575. 579. Schweikart S. 260). Erst allmählig finden sich in den Handschriften Beziehungen auf Preußen und wird statt des ursprünglichen Magdeburg, Magdeburgisches Recht u. s. w. Culm, Culmisches Recht gesetzt, z. B. I. 1, III. 142, 144, IV. 21, V. 12, 13. vgl. auch Hanow Preuß. Sammlung. III. S. 451 ff.

Ebenso wenig wie wir daraus, daß einzelne Handschriften „Magdeburg" lesen, schließen dürfen, die Arbeit sei in Magdeburg entstanden, ebenso wenig beweist „Culm" oder „Culmisch Recht" gegen den Ursprung in Schlesien [27]. Jenen Zeiten kam es mehr auf die Zusammenstellung von Rechtssätzen, als auf eine den Verhältnissen angemessene Bearbeitung der Rechtsquellen an, sei es daß man ihnen durch dieselbe etwas an ihrer Authenticität zu nehmen fürchtete, sei es daß sie bei dem lebendigen Rechtssinne für überflüssig erschien [28].

§. 9. Ueber die Entstehungszeit des Kulm.

Für einzelne Stücke des Kulm können wir in Vergleichung mit Böhme das Datum bestimmen: IV. 92 (= Böhme S. 112. 4.) a. 1321. und II. 40, I. 5, I. 15. (Böhme S. 112. 6—113. 1.) a. 1322. Jedenfalls ist also der Kulm nach 1322 entstanden. Aus dem Umstande, daß das schlesische Landrecht von 1356 nicht benützt ist, läßt sich nicht schließen, daß die Arbeit vor 1356 entstanden sein müßte: denn das schlesische Landrecht scheint auch auf andere schlesische Quellen von keinem Einfluß gewesen zu sein.

Da 1395 nach Namslau eine dem Kulm sehr verwandte Redaktion gesendet wurde, so muß diese zwischen 1322—1395 [29]) ent-

27) Hartknoch S. 479.

28) Belege bietet die Rechtsmittheilung von Halle an Neumarkt a. 1235. von Breslau an Brieg a. 1327. (Tzschoppe und Stenzel nr. 16, 131.).

29) Hartknoch S. 576 setzt den Kulm auf Grund von IV. 92 in die Mitte des 14. Jahrhunderts; später änderte er seine Ansicht (S. 580) und vertheidigt das Jahr 1242; um IV. 92, welche Stelle das Jahr 1321 trägt, zu beseitigen, soll entweder 1221 gelesen werden oder die ganze Stelle als später eingeschoben gelten.

standen sein. Es läßt sich vielleicht noch genauer die Abfassung in das Jahr 1394 verlegen, da dieses Jahr in den Handschriften häufig wiederkehrt.

a. Eine Berliner Handschrift endet mit den Worten (Leman S. 198):

> geschreben u. geendet ist dys buch noch gotes geburt tusent dry hundirt in dem vyr u. nüntzegisten Jare an dem nehesten vrytage noch unsir vrauwen tage würtzewye.

b. Die Königsberger Handschrift der Wallenrodt'schen Bibliothek schließt (Leman S. 198):

> Geschribenn aus dem aldenn Buche seines Inhalts Nach gottes geburt tausent dreyhundert, In dem vierund neunzigsten Jare, Ann dem negsten frytage nach unser frauen wurtzewey.

Die Handschrift selbst ist a. 1544. geschrieben.

c. Hanow (§. 36. Note c.) erwähnt einer Königsberger im altstädtischen Gericht befindlichen Pergamenthandschrift, welche auch das Jahr 1394 trägt, jetzt aber verloren ist.

d. Die Reidenitz'sche Handschrift [30]) bemerkt auch, daß sie aus dem alten Buch von 1394 mittelbar geflossen sei (Leman S. XVI.).

e. Die Thorner Ausgabe giebt auch an, daß sie einer Handschrift von 1394 folge (Leman S. X.):

> Diss Cölmisch Recht ist aus einem Alten Buch, welchs im Jhar Christi 1394 geschriben ist gedruckt.

Möglich ist es, daß diese Thorner Handschrift später nach Berlin kam und dieselbe ist, welche wir unter a. gestellt haben (Leman S. IX.).

Sollte nun diese so häufig wiederkehrende Zahl 1394 ganz ohne Bedeutung für die Entstehung des Kulm sein? Ohne eine sichere Vermuthung aussprechen zu wollen, ist es mir wahrscheinlich, daß das kulmische Recht a. 1394 verfaßt und dies Jahr in dem Originalmanuskript bemerkt wurde; aus diesem kam dann das Jahr in die übrigen Handschriften hinein. 1395 wurde dies Recht

30) Sie scheint identisch zu sein mit derjenigen, welche Hanow §. 36. Note c. als kneiphöfisches Exemplar bezeichnet und auch Schweikart S. 266 anführt.

nach Namslau geschickt, und kam später mit Zusätzen aus dem Schwabenspiegel nach Preußen [31]).

Dieser Ansicht würde allein widersprechen, daß die Danziger Handschrift A. und die verlorne Handschrift B. nach Leman (S. VII. IX.) der Mitte des 14. Jahrhunderts angehören. Wir werden auf diese Zeitbestimmung Leman's kein besonderes Gewicht legen dürfen, um so weniger, da Homeyer (nr. 137.) die Handschrift A. in das 15. Jahrhundert versetzt.

§. 10. Ueber die Zeit, wann der Kulm nach Preußen kam.

Es läßt sich diese Frage kaum in genügender Weise beantworten. Auf die allgemeinen Bestätigungen des Kulmischen oder Magdeburgischen Rechts in den Privilegien der Polnischen Könige a. 1410, 1454, 1466, auf welche sich Hartknoch (S. 581 ff.) beruft, ist kein Gewicht zu legen; denn es fehlt an dem Beweise, daß unter Jus Culmense nicht das Recht des Kulmer Landes überhaupt, oder die kulmische Handfeste, sondern jenes schlesische Rechtsbuch zu verstehen sei. Wir wollen versuchen, ungefähr die Zeit zu bestimmen.

a. Die sogen. Poelmann'schen Distinktionen, welche gemäß dem Epilog der Handschrift der Königsberger Univers.-Bibliothek nr. 888. Waltherus Echardi von Bunzlau, Stadtschreiber zu Thorn im Jahre 1402 geschrieben hat, sind, wie derselbe Epilog sagt, geschöpft us der Sachsin spigel mit der glosen und us vil andern Buchern des rechten, und so dargestellt, wie es wigbilde und lantrecht uswyzet und noch deme als ich des eynteil jn der werden herren Scheppin von Meydeborg breven u. vrogin beschreben habe funden. Des Kulmischen Rechts geschieht keine Erwähnung und wir sehen auch trotz mancher materiellen Uebereinstimmung keine Spur, daß dasselbe als Quelle benützt sei.

b. Auch in den Handschriften mit Schöffenurtheilen finde ich keine Spur einer Benützung; ich habe auf diese Frage hin folgende zwei Handschriften untersucht:

31) Hanow, der die Entstehung nach Preußen verlegt, nimmt §. 36 auch an, daß der Kulm a. 1394 oder kurz vorher entstanden und dann auf den Landtagen von 1393 und 1394 angenommen sei.

1) Ein Manuskript der Königsberger Wallenrodt'schen Bibliothek nr. 1, aus dem 16. Jahrhundert: 70 Urtheile von Magdeburg für Thorn, deren größte Zahl der zweiten Hälfte des 14. Jahrhunderts angehört, das letzte vom Jahre 1521; 19 Urtheile von Kulm für Königsberg, im Charakter eines Weisthums, welche sich auch im Coder der Königsberger Rathsbibliothek S. 10. finden; sodann 9 Magdeburger Urtheile des 16. Jahrhunderts an eine unbekannte Stadt.

2) Eine Handschrift des Geheimen Archivs zu Königsberg A. 78, welche im Jahr 1431 zu schreiben begonnen wurde: 72 meistens Magdeburger Urtheile nach Kulm aus dem 14. u. 15. Jahrhundert.

Nirgends finde ich eine Spur vom Kulm und muß daher Voigt's (Ausführliche Darstellung der Rechtsverfassung u. s. w. S. 19) Ansicht bestreiten, welcher glaubt, daß sich aus diesen Urtheilen „wichtige Resultate — über die Entstehung — des alten Kulms" gewinnen lassen.

c. Einen Grenzpunkt, in welchem das kulmische Recht in Preußen bereits benützt wurde, bildet das Jahr 1526, mit welchem die Bearbeitungen des alten Kulm beginnen. Sigismund I. von Polen erklärte damals (Hartknoch S. 584): Cum jus Culmense quo potissimum Prussia utitur, scripturis saltem authenticis nusquam reperiatur esse sancitum u. s. w. Die Kulmische Handfeste und das im Kulmer Lande geltende Gewohnheitsrecht kann der König nicht meinen, sondern ein Kulmer Recht, welches allerdings aufgezeichnet ist, aber keine gesetzliche Sanktion erhalten hat, sondern vielmehr in verschiedenen Redaktionen besteht. Was kann dies anderes seyn, als jenes Breslauer-Kulmer Recht?

d. Die erste Erwähnung des Kulmer Rechts finde ich in den sogen. „gemeinen lauffenndenn Urteyl", welche in der Wallenrodt'schen Handschrift nr. 1. und im Coder der Königsberger Rathsbibliothek S. 10. 4. stehen. Hier wird das Recht der Distinktionen und das Kulmische Recht einander gegenübergestellt.

> Wirt einem ein auge ausgehauen, gestochenn oder geworffenn, das ist ein lembde. Die Distinctiones sprechen, wirt einer gehauen oder gestochenn durch seine backen oder twer uber seine backen (Cod. S. 10: die twer durch oder auff die backen) so das Im sein anngesicht vorstalt

> wirdt, es soll ein lembde sein, mit halbem Wergelde zuvorbussenn, sunder das Colmische Buch spricht, es soll eine wunde sein, Ich meine aber der scheppe soll ansehenn die vorschepffunge des Mennschenn, ob es sehr missteht.

Die Stelle des kulmischen Rechts ist III. 12, wie sie auch die Handschrift der Rathsbibliothek am Rande citirt. Diese Erwähnung hilft uns wenig, da wir nicht wissen, wann die „laufenden Urtheile" verfaßt sind.

e. Die Handschrift A. hat V. 61. §. 2. pruzsche lantrecht. wo andere Handschriften unse lantrecht lesen, sie muß also schon für Preußen geschrieben sein. Leman (S. VII.) schreibt, wie bemerkt, diese Handschrift dem 14., Homeyer (nr. 137.) dem 15. Jahrhundert zu.

f. Auch die Handschrift C. war für Preußen bestimmt, weil sie am Ende preußische Gesetze von 1386 und 1388 enthält, für wenden in III. 4. pruschen liest, weil sie preußische Geldsorten nennt, II. 53. u. s. w. Nach Leman (S. XII.) gehört sie dem 15. Jahrhundert an.

g. Die Thorner Ausgabe, welche der Handschrift von 1394 folgt, und ebenso die Berliner Handschrift von 1394 schreiben meistens statt Magdeburg — Culm. Es bleibt uns die Wahl, ob wir bereits im Jahre 1394 die Geltung des Kulmer Rechts in Preußen, oder ob wir annehmen, daß jenes Jahr nicht das Jahr ist, in welchem jene Handschriften geschrieben sind, sondern in welchem das Rechtsbuch selbst verfaßt ist. Mit Berücksichtigung der übrigen Gründe ziehe ich die letzte Ansicht vor.

So wäre also im 15. Jahrhundert, ohne daß eine genauere Bestimmung möglich ist, der Kulm nach Preußen gebracht und in den Gerichten angewendet worden.

Zum Schluß füge ich noch die Ansicht bei, welche man im 16. Jahrhundert über die Entstehung des Kulm in Preußen hatte; in mehreren Königsberger Handschriften, z. B. der der Rathsbibliothek S. 10. findet sich eine Schrift: Vorrede auff das Buch, welchs man das Cölmisch Recht nennet u. wo das Colmisch recht seinen ursprung hat, darynne auch die Colmische hantdtfeste zum teill berurt wirt. Es heißt hier unter anderm: nachdem Kulm und

das Preußische Land Magdeburger Recht erhalten, habe man nicht ohne große Unkosten das Weichbild und das Magdeburger Recht abschreiben lassen, welche bucher (wie wir achten) auff die zeit mit den glosen Keiserlichs u. geistlichs rechten, vielleicht noch nicht erklert gewesen, u. wo sie gleich In schrifften vorhanden, so weren sie doch schwerlich zu erlangen gewesen, der unkost halbenn. Nachdem sie aber nhumals (Got sey gelobet) Ihm druck, gantz schon u. klar, mit deutlichen addition u. Annotation furhanden, das sich derhalben zwar nymant entschuldigen kan, So gebe got der almechtige sein gnade, das wir dieselbigen wol gebrauchen." Früher habe man insbesondere nach dem Kulmischen Recht geurtheilt und sich um Sachsenspiegel und Weichbild nur wenig gekümmert; aber der Kulm genüge nicht, viel zu wenig darneben auch tunkel mit der zeit auch durch unvorstendige unrecht geschrieben — auch durch unvorstand viel darein gezogen, welchs der Colmischen freiheit zu nahent u. widder ist. Man habe einzelne Artikel des Weichbilds in den Kulm aufgenommen (art. 43 und 44 in den Anfang des Kulm), andere aus dem Sachsenspiegel; daher müsse man den Kulm aus den warhafftigen originaln u. ursprungen, als weichpilt u. Sachsenspigel erweitern und erklären. Endlich habe man auch die Antworten auf Fragen von Kulm und benachbarten Städten, welche ihnen von Magdeburg zu Theil wurden, in das Kulmische Recht herübergenommen.

XIV.

Noch ein peinliches Verfahren unter Anwendung der Carolina nach Gerichtsacten vom Jahr 1548.

Eine Mittheilung von

Advokat **Bopp** in Darmstadt.

> Die Frage über die Reception der Carolina in den einzelnen deutschen Staaten ist gewiß für die Geschichte des Strafrechts der einzelnen betreffenden Staaten von großem Interesse, da ja diese Reception der Rechtszustand dieser Staaten großentheils bedingte. Daß sie aber auch für die Geschichte des gemeinen Strafrechts von nicht minderm Interesse ist, und eine der wichtigsten Fragen derselben betrifft, dies erst noch beweisen zu wollen, wäre in der That höchst überflüssig. Wächter.

Der XIII. Band dieser Zeitschrift (S. 431—443) enthält urkundliche Nachrichten über ein peinliches Verfahren unter Anwendung der Carolina nach Gerichtsacten vom Jahr 1548.

Seit Jahren mit Forschungen im Gebiete der Geschichte des deutschen Strafrechts und Strafprozesses, besonders mit Aufsuchung von Acten über einzelne zur Illustrirung dieser Geschichte (sowie der Kultur- und Sittengeschichte) dienenden Strafprozesse und Darlegung ihres beachtenswerthen Inhalts beschäftigt, fand ich in dem Archiv der Grafschaft Erbach im Odenwald ausser andern Acten der Art, welche ich theilweise schon zu Beiträgen für Zeitschriften, besonders für die Annalen der Strafrechtspflege, herausgegeben von Professor Schletter in Leipzig, benützt habe, einen Fascikel mit der Aufschrift:

> Peinliche Acten, Clas Starken von Rathelsdorf, der seine Frau auf Eulbacher Gemarkung erschlagen und deßwegen vor hiesiger Grafschaft zu Miltenberg angeklaget und nach vollführtem

Prozeß daselbst mit dem Schwert hingerichtet worden. 1548.

Dieses Strafverfahren gehört also demselben Jahr 1548 an, und, wie namentlich das Endurtheil zeigt, wurde es ebenfalls von der Carolina beherrscht.

Während der früher mitgetheilte Fall die Einführung und Anwendung der Carolina in einem Gau des Schwabenlandes, bald nach der Publication dieses Reichsgesetzes, nachweist, soll der gegenwärtige Fall Zeugniß für diese Anwendung in Bezug auf eine andere Gegend des Vaterlandes (Maingau) ablegen. Ich bin hiebei noch durch eine weitere Rücksicht geleitet worden:

Noch neulich hat der Verfasser eines Beitrags zum Jahrgang 1855 der Deutz'schen Vierteljahrsschrift: Der gegenwärtige Stand der deutschen Geschichtsforschung und Geschichtsschreibung in dem Abschnitt, der „Die deutsche Einzelgeschichte" betrifft (Heft 3), hervorgehoben: „Von Curmainz und Curtrier haben wir noch keine quellenmäßige und lesbare Geschichte aus neuerer Zeit, nicht einmal eine grundlegende Uebersicht des urkundlichen Materials." Obgleich die Literatur namentlich für die Geschichte des einstigen Curfürstenthums Mainz einen sehr reichen Stoff aufgehäuft hat, so hat sich diesem doch noch kein bedeutendes geschichtliches Werk zugewendet. Bodmann's Absicht, ein solches zu verfassen (s. Schaab, Geschichte der Stadt Mainz, Band 1. 1841, S. XVII—XIX. des Vorworts), wurde nicht zur That. Ja, man möchte sagen, weil dieser Stoff so umfangreich ist, daß er sich kaum bewältigen läßt, so hat sich dieser kühne Geschichtsschreiber noch nicht gefunden. Auch an einer einzelne Zweige der Geschichte dieses Staats cultivirenden Geschichte fehlt es. So ist namentlich dessen Rechtsgeschichte bis jetzt verhältmäßig sehr vernachlässigt worden, was freilich damit entschuldigt werden kann, daß dafür die Literatur bis jetzt keinen befriedigenden Stoff herbeigebracht hat. Bodmann's auch rechtsgeschichtlich bedeutendes Werk: „Rheingauische Alterthümer", umfaßt, abgesehen von der Zeitgrenze, nur einen Theil des Curstaats. Das Gleiche gilt von Dahls Werk: Beschreibung des Fürstenthums Lorsch.

Ich wollte hiernach zugleich ein Scherflein für die Rechtsgeschichte des Curstaats Mainz beitragen, eines Staats, dessen Geschichte in so

vielen Beziehungen so innig mit der Darstellung der früheren Zustände des Vaterlands verflochten ist.

Es ist bekannt, daß in der Stadt, in deren Mitte die eherne Bildsäule des Erfinders der Buchdruckerkunst steht, die Carolina zuerst zum Drucke kam, und so stellt sich die Frage nahe, ob sie auch in dem Staate, in deren Hauptstadt sie zuerst die Presse verließ, zur Geltung kam. Die Schriftsteller, welche sich mit der Geschichte der Einführung jenes Reichsgesetzes in den einzelnen Territorien beschäftigt haben, gedenken nicht des Curstaats. — Koch in der Vorrede zu der Ausgabe desselben. — Malblanc, Geschichte der Carolina. — Birnbaum im 12. Bande des Neuen Archivs des Criminalrechts, S. 422—424. — Wächter, über die Reception der Carolina in den einzelnen Territorien Deutschlands, insbesondere in Sachsen (S. 59—86 des Jahrg. 1837 des Archivs des Criminalrechts).

Nachstehende Mittheilung liefert nun aber den urkundlichen Beweis, daß die Carolina schon früh im Curfürstenthum Mainz, in dem Staate des dem Kaiser als Erzkanzler so nahe stehenden ersten Reichsfürsten, zur Geltung gelangt war; ja sie läßt schließen, daß sie im Jahr 1548 längst in Uebung gewesen sein muß.

Indem ich nun zur Darstellung des Straffalls übergehe, hebe ich hervor, daß die Gemarkung des damals, wie noch jetzt, zur Grafschaft Erbach gehörenden Dörfchens Eulbach, in dessen Nähe die That begangen wurde, von der es sich handelt, auf einer Hochebene 2000 Fuß über dem Meer liegend, die noch Spuren römischer Befestigung, namentlich eines Castells trägt, im Osten an den südwestlichen Theil des zum Curfürstenthum Meinz gehörigen Fürstenthums Aschaffenburg mit seinem Städtchen Miltenberg am Mein [1]) grenzt.

Die Sprache der folgenden Actenstücke habe ich zur Förderung des Verständnisses der Gegenwart genähert, im Ganzen mit Beibehaltung des Stils, wenn es nicht galt, die zuweilen sich verirrende Feder des Notars wieder auf den Weg zurückzuführen. An meh-

1) Von der Nahmer: Handbuch des rheinischen Partikularrechts (auch mit dem Titel: Entwickelung der Territorial- und Verfassungs-Verhältnisse der deutschen Staaten an beiden Ufern des Rheins 2c.) Frankf. 1832, S. 416. Nach S. 398 war von 1545 bis 1555 Sebastian von Hausenstamm Curfürst von Meinz.

reren Stellen bedurfte es der Abschneidung von reinen Wiederholungen.

Ein Bericht des Schultheißen zu Miltenberg, Sigmund Raimund Schmitt, hat folgendes Rescript an denselben [2]) zur Folge:

„Welcher Maßen von wegen der Grafen zu Erpach einer freventlichen Handlung halben, so Clas Starck an seinem Eheweib auf ihrem Grund und Boden kürzlich erschienener Tage begangen haben soll, angesucht worden, das haben wir aus deinem Schreiben auch gemeldeten Closen Urgicht, vor Notaren und Zeugen ohne peinliche Fragen beschehen, vernommen. Dieweil wohlgenannte Grafen das peinliche Recht gegen ihn, Closen vorzunehmen Willens und das Recht den Begehrenden nicht versagt werden soll, so ist an Statt unsers Gn. Herrn, des Erzbischofs zu Mentz, Churfürsten rc. unser Befehl, daß du nicht allein den Grafen von Erpach, sondern auch des gemeldeten Closen Ehweib auf ihre Kosten einen Rechtstag ernennest [3]) vor Richter und Schöffen des Gerichts zu Miltenberg, dazu verordnet zu erscheinen, ob sie wollen ihn, Closen anklagen, und so beide oder ein Theil erscheinen würde, alsdann wollest du sie in Gegenwart Closen Stark ihre Klagen vortragen lassen, dem Beklagten einen Redner ernennen, seine Exorption, Antwort und Nothdurft dagegen vorzuwenden. Was also gehandelt wird, das sollst du alles eigentlich durch ein Notarium aufzuschreiben verfügen, und so die Sachen beschlossen, alsdann solche Handlung verschlossen uns zuschicken zur Entschließung, was darauf zu sprechen und zu urtheilen sei durch Richter und die Schöffen. Und dieweil Clos Starck die That außerhalb peinlicher Fragen bekannt, so erachten wir für unnöthig, auf des Gegentheils Begehren

2) Von diesem Rescript setzte der Schultheiß zu Miltenberg den Schultheißen zu Michelstadt und Celle zu Erbach in Kenntniß, damit die Kläger „den 13. Januarii zu früher tagzeit alhie zu Miltenberg auf dem Markt“ erscheinen. Am Schlusse heißt es: „Dieweil Clais Starcken Eheweib noch im Leben, so will ich ihr denselben Rechtstag in aller Form und Maß, auch verkündigt haben, ob sie in eigner Person oder deren Bevollmächtigte Anwälte möchten erscheinen, die Anklage ihrem Ehemann gerichtlich vorzutragen.“

3) C.C.C. Art. 78. Biener: Beiträge zur Geschichte des Inquisitionsprozesses, 1827, S. 156. Löwe: der mündliche öffentliche Anklageprozeß rc. 1840. S. 65.

ihn peinlich zu fragen, es wäre denn, daß er von dem Bekenntniß, vor Notario und Zeugen beschehen, abfallen und nicht geständig sein wollte. Wir achten auch nicht vor nöthig, den Richter, Schöffen und Schreiber des Gerichts von Neuem zu beeidigen, sondern lassen es bei den Eiden, die sie vormals des Gerichts halben gethan [4]), bleiben. Das wollen wir dir auf dein Schreiben nicht verhalten. Datum Montags nach dem neuen Jahrstag anno 1548.

Verordnete Räthe zu Mentz" [5]).

Der „Rechtstag", 13. Januar, ist erschienen:

Auf Freitag den dreizehnten Januar des acht und vierzigsten Jahrs sind des wohlgebornen Grafen und Herrn, Herrn Georgen und Eberhard Gebrüder Gesandte mit Gewalt (Vollmacht) am gehegten peinlichen Gericht zu Miltenberg erschienen, deßgleichen Claus Stark. — —

Vor Schultheiß und Schöffen des peinlichen Halsgerichts allhie zu Miltenberg erschienen die verordneten Anwälte des wohlgebornen Grafen und Herrn zu Erpach und übergeben gerichtlich die schriftliche Gewalt, bitten und begehren, dieselbe zuvor, und ehe zu fernerer Handlung geschritten und damit auch ordentlicher Prozeß gehalten und nicht nulliter gehandelt werde, öffentlich zu verlesen. —

Folgt die Gewalt.

Wir Georg und wir Eberhard, beide Grafen zu Erpach und Gebrüder [6]), bekennen mit diesem offenen Brief gegen allermänniglich: Demnach Claus Starck von Rathelsdorf Margarethen Röthen von Würzburg, seine eheliche Hausfrau, auf Montag nach Conception Mariä des verschienenen sieben und vierzigsten Jahrs in unserer Obrigkeit bei Eulbach freventlich und muthwilliger Weise mördlich darnider geschlagen, hart verwundet und auch also vor todt liegen lassen, alles laut seinem eignen ohne alle beschehene peinliche Frage gethanen öffentlichen Bekenntnisse, haben wir ermeldten Uebelthäter, ein gebührlich, zu Miltenberg in unsers Gn.

4) C.C.C. Art. 3, 4.

5) Von der Nahmer a. a. O. S. 425.

6) Schneider: Hoch-Gräflich Erbachische Historien. Frankf. 1736. fol. S. 161 191.

Herrn, des Erzbischofs zu Mentz Obrigkeit, darin er von den Unsrigen betreten worden, gefänglich und auf Recht einziehen lassen [7]). Dieweil nun den Unsrigen, so vormals gegen den Uebelthäter gehandelt, eine Schrift von dem Schultheißen zu Miltenberg zugekommen, darin ein eigner Rechtstag gegen obgemeldten Uebelthäter, denselben peinlich zu verklagen benennt, wie uns dann die Unsrigen solche Schrift angezeigt, so haben wir unsere Diener, Unterthanen und liebe Getreuen Wilhelm Zentkaiser, Keller zu Erbach, Joachim Hasen, Sekretär, Heinrich Weißgerber, Burgermeister, und Hansen Kinbacher, Rathsfreund zu Michelstadt, abgefertigt mit diesem Befehl, daß sie in unserm Namen vollkommene Macht haben sollen, vorvermeldten Uebelthäter vor Recht vorzufordern, rechtlich zu belangen, Antwort anzuhören, darauf zu beschließen, Urtheil zu begehren, anzuhalten, daß selbiges vollstreckt werde, und sonst gemeiniglich alles und jedes zu thun, zu handeln und zu lassen, was sich rechtlicher Ordnung nach gebührt. Ob auch den obgenannten unsern Anwälten und Gesandten sammt oder sonders völligere Gewalt, als hierin begriffen, nothdürftig wäre oder würde, die wollen wir ihnen ohne Mangel und Gebrechen allenthalben vollkommentlich gegeben haben. Was dann also durch sie gehandelt und geübt würde, das ist unser Befehl, ganzer und guter Wille. Dessen zur Urkund haben wir unser Secret zu Ende der Gewalt wissentlich drücken lassen. Gegeben auf Mittwochen post tr. reg. anno vierzig acht.

Nach Vorlesung dieser Gewalt hat Anwalt des vorgestellten Claus Starcken die Siegel begehrt zu sehen, dieselbe cognoscirt und darauf gerichtlich, wie nachsteht, eingebracht. Procurator des Beklagten bittet und begehrt an die ehrbaren Schöffen, daß sie gerichtlich erkennen, ob die verlesene Gewalt zu Recht genügsam sei, oder nicht. Denn zu solchen hohen Sachen sollen alle Umstände gründlich angezeigt werden. — Verhofft Procurator, daß diese Gewalt nicht genugsam und vollwichtig soll erkannt werden.

Die gesendeten Anwälte lassen hierin geschehen, was Recht ist, in Hoffnung, ihre vorgelegte Gewalt werde für kräftig erkannt und angenommen werden.

---

7) C.C.C. Art. 11.

Bey-Urtheil.

Auf das Begehren Claus Starcken, des Vorgestellten, die eingelegte Gewalt belangend, erkennen die Schöffen des peinlichen Gerichts zu Recht, daß die eingelegte Gewalt an Schrift und Siegel kräftig und genugsam sei.

Procurator des Vorgestellten sagt: demnach die Gewalt für genugsam erkennt und das Halsgericht in des Churfürsten von Mentz Stadt Miltenberg gehegt und vorgenommen sei, aber die Ankläger eine fremde Herrschaft, so soll in Recht erkennt werden, daß die Kläger dem Beklagten sollen genugsam Caution und Bestand zu thun schuldig sein, zuvor und ehe weiter gehandelt oder geklagt werde.

Procurator der Anwälte sagt: Was die gnäd. Herrn, die Grafen von Erbach thäten, dazu dränge sie die Noth, damit sie ihre Straße möchten rein halten und das Böse gestraft werde; sie wollten öffentlich dagegen protestirt haben. Es seien auch ihre gnäd. Hrren wohl so stattlich und ehrbar, daß sie würden erstatten alles, so in diesen peinlichen Rechten ihnen zu erstatten und zu erlegen gebühren würde. Verhofften derwegen, von Unnöthen sei, Caution zu thun oder zu stellen.

Procurator Beklagtens sagt: er lasse sich durch des Gegentheils Vorbringen in diesem nicht irren. Denn die Grafen von Erbach seien große Herrn, der Vorgestellte ein armer Gesell. Dazu gehe es ihm an Leib und Leben. Verhofft derhalben, daß die Anwälte der Kläger Caution zu thun schuldig seien.

Procurator der Gesandten sagt: damit die Sache nicht verlängert und vergebliche Rast verhütet werde, so wollten sie sich mit Handgelübde verpflichten für solche Caution und Bürgschaft, in Hoffnung, der Gegentheil solle damit gesättigt sein und es dabei lassen bleiben.

Der Gegentheil sagt: die Anwälte sollen den Bürgen dermaßen stellen, daß er bekannt, eine ehrbare Person, begütert, auch ihm annehmlich sei.

Es sagt Procurator der Anwälte: Es haben die wohlgebornen ihre gnäd. Herrn vier ehrliche Personen mit genugsamer Gewalt abgefertigt; die wollen dem Richter angeloben, all' ihre Hab und Gut für solche Caution verpfänden und stellen; verhofft, es soll zu Recht genug sein.

Bey-Urtheil.

Auf gehabten Streit, durch beide Theile vorgebracht, die Caution belangend, sprechen die Schöffen des peinlichen Gerichts zu Recht: so die Anwälte einen stellen, der bekannt und genugsam begütert, so soll derselbige mit Treuen (Handgelöbniß) angenommen werden und solche Caution zu Rechten genugsam sein.

Auf solches Interlocutorium haben die Anwälte gestellt Heinrich Weißgerber, Burgermeister zu Michelstadt, welcher sich also mit handgebender Treu verpflichtet, vom Richter angenommen und der Gegentheil damit gesättigt gewesen [8]).

Folgt die Klage [9]).

Es erscheint der ehrbare Wilhelm Zentkaiser und Joachim Has, Sekretär, deßgleichen Heinz Weißgerber und Hans Kinbacher von Namen und von wegen beider gnädiger Herrn von Erbach nach Inhalt und vermöge der eingebrachten Gewalt gegen und wider Clausen Starck von Riethelsdorf und bringen gegen ihn vor nicht mit zierlicher artikulirten Klage, sondern nach Gestalt der Sache mit schlechter summarischer Klage: daß gemeldter Claus Starck des nächst vorstehenden sieben und vierzigsten Jahrs auf Montag nach Conception Mariä, Margarethen Röthen von Würzburg, seine eheliche Hausfrau, zwischen Eulbach und Michelstadt ohne alle Ursache freventlich, muthwillig mördlich verwundet, niedergeschlagen, von ihr gegangen und für todt liegen lassen, nach Inhalt und vermöge seiner eignen Urgicht, dieweil er ohne alle peinliche Frage vor einem Notario und sieben Zeugen gestanden. Dieweil denn diese That hinter ihrer gnäd. Herrn Lande und Eigenthum ge-

---

8) C.C.C. Art. 12—15. Carpzov: Practica nova ver. crim. P. III. Quaest. 106, §. 44—52. Boehmer Med. in C.C.C. p. 67—85. Vergl. über die Praxis noch vor der Carolina (ein Rechtsfall aus dem Jahr 1522) den 39. Band der Neuen Folge der Annalen der Criminalrechtspflege, Leipz. 1854. S. 92—95: Urkundliches zur Geschichte des Criminalprozesses mit Bezug auf die C.C.C. 4. Zu Art. 12 (von der Bürgschaft) aus Akten des K. S. Hauptstaatsarchivs zu Dresden.

9) C.C.C. Art. 88. 89. Maurer: Geschichte des altgermanischen und namentlich altbayrischen öffentlich-mündlichen Gerichtsverfahrens, 1824. S. 357.

schehen, so ist das kundlich und wissentlich, daß eine jede Obrigkeit, es seien Churfürsten, Fürsten, Grafen oder Herrn, bei ihren Pflichten schuldig, Land und Leute zu schützen und zu schirmen, das Recht zu handhaben und das Uebel zu strafen, besonders die Straßen rein zu halten. Also haben auch Ihre Gn. billich dem Ubelthäter nachgefolgt, ihn mit Recht nieder zu werfen. Dieweil er aber nun hie zu Miltenberg in der churfürstlichen Stadt des Stifts Mentz ergriffen ist worden, so verhoffen die Anwälte, daß Ihr als die Richter werdet mit Recht erkennen auf seine eigne Urgicht und auch auf sein Bekenntniß, er habe den Tod um seiner Mißhandlung willen verdient. Deßhalben wollen die Gesandte vermöge ihrer Gewalt dem Richter und richterlichem Erkenntnisse befohlen haben, mit welchem Maas er gestraft soll werden und wollen annoch ferner bitten und begehren, ihn, den Beklagten Clos Starck, zu rechtmäßiger Antwort anzuhalten. Wo er aber nicht förmlich antwortet, so soll er dennoch nicht weniger auf die offenbarliche That und auf seine eigne Urgicht verurtheilt werden. Bitten und begehren, die Urgicht in Recht anzunehmen und zu verlesen.

Anwalt des Beklagten sagt: Dieweil er, Beklagter, die Klage vernommen, sei er derselben in Maßen, wie sie vorgebracht, nicht geständig [10]). Sagt auch, daß die Klage aus wohlbedachtem Muth und zeitigem (reiflichen) Rath wider ihn gemacht und vorgetragen worden. Damit aber der Beklagte nicht verkürzt werde, wie man denn in Rechten niemand verkürzen soll (es haben auch die Rechtsgelehrten dergestalt Regel und Maß gesetzt), so bittet und begehrt jetzt gegenwärtiger Clos Starck vermöge und nach Inhalt kaiserlicher Rechte Dilation und Zeit, dieweil er sich mit Freunden und geschickten gelehrten Rechtserfahrenen zur Erkundigung zu besorgen und seine rechtmäßige Defension, Schutz und Schirm wider diese jetzt eingebrachte Klage vorzutragen habe, verhofft auch, die ehrbaren Schöffen werden ihm vermöge und Inhalts kaiserlicher Rechte solche Dilation in einem so hohen Handel erkennen und zulassen, und nachfolgends wiederum einen Gerichtstag ernennen.

Auf dieses Begehr sagen die Anwälte, daß ihm dasselbe mit Recht nicht erkennt und zugelassen soll werden aus der Ursache, wenn jeglichem Uebelthäter sollte Dilation gegeben werden, würde

10) C.C.C. Art. 91.

keiner zum Urtheil kommen, auch würden große vergebliche Kosten auflaufen [11]). Dazu habe Claus Starck die That selbst bekannt und gesagt, er habe den Tod wohl verdient und gebeten, wenn man mit ihm handeln wolle, solle man nicht lang mit ihm machen. Zudem sei es gemeiner Gebrauch in peinlichen Rechten, daß auf die gethane Klage der Beklagte den Krieg mit Ja oder Nein befestigen soll. Wollten deßhalb auch zu rechtlicher Erkennung gestellt haben und begehren, mit Recht zu erkennen, ob der Beklagte nicht schuldig sei, den Krieg mit rechtmäßiger Antwort zu befestigen.

Anwalt des Beklagten läßt das unnütze, auch unrechtmäßige Vortragen des Procurators des klagenden Theils auf seinem Werth und Unwerth beruhen, sagt aber ferner: dieweil seine, des Beklagten, Bitte und Begehren rechtmäßig, lasse er's derhalben bei seiner Bitte bleiben, verhofft auch, daß ihm solches die ehrbaren Schöffen, den kaiserlichen Rechten entgegen, nicht abschneiden oder aburtheilen werden; bittet derhalben, gerichtlichen Bescheid darüber zu geben.

Es erhoben (wiederholen) die Anwälte ihr jüngstes Begehr, begehren auch dabei, die Urgicht zu verlesen; darin werde verehrliches Amt befinden die Gründe und die Wahrheit und nämlich in dem Letzten, daß der Beklagte selber geurtheilt, er habe den Tod verdient, man solle nicht lange mit ihm machen.

Dieweil der Beklagte, wie gehört, rechtmäßige Dilation, seine Entschuldigung und geschickliche Antwort zu geben, begert hat und noch begert, alles Inhalts und vermöge der Rechten, bei solcher Bitte läßt er's noch einmal bleiben und begert, gerichtlichen Bescheid darüber zu geben.

Darauf sind Clausen Starckens Urgicht, wie sie folgt, öffentlich verlesen worden:

„Samstags nach Lucä ao. 1547 sind erschienen die ehrbaren und achtbaren Philipp Erpach, Schultheiß zu Michelstedt, Wilhelm Zentkeiser, Keller zu Erpach, Joachim Has, Sekretär, Velten Schweizer, Zentgraf zu Beerhalden, Heinrich Weißgerber und Hans Kinbacher, beide Rathsfreunde zu Michelstedt, und haben von wegen ihrer gnäd. Herrschaft zu Erpach bei dem ehrbaren Reymundt, der Zeit Schultheiß zu Miltenberg angesucht und begert, in Beisein eines öffentlichen Notarii und sieben Zeugen in der Güte Besagung

11) C.C.C. Art. 77.

an Claus Starcken, so in Verhafft gebracht, zu thun, zu bewilligen, im Fall aber die Güte nicht werde statthaben, alsdann mit Ernst und was Recht werde sein, gegen ihn zu handeln, welches ihnen, wie begert, bewilligt und zugelassen. Darauf haben obgenannte von Michelstedt und Erpach im Beisein eines nachbenannten öffentlichen Notarii und sieben glaubwürdigen Zeugen von ihrer gnäd. Herrschaft wegen obgenannten Claus Starcken gütig und freundlich befragte, der auf beschehene Fragen ohne alle Bezwangniß und Marter, freien Willens und wohlbedachten Sinns geantwortet und öffentlich bekannt und ausgesagt, wie nachsteht: Item Niklas Starck von Rathelsdorf, zwei Meilen von Bamberg gelegen, sagt und bekennt, daß er Margaretha Röthen von Würzburg, seine eheliche Hausfrau, auf Montag nach Conception Mariä des jetzigen Jahrs um die Eulbacher Sachläge gegen Abend freventlicher und muthwilliger Weise mördlich danieder geschlagen und hart verwundet, in Meinung, er habe sie vom Leben zum Tod gebracht, und also für todt liegen lassen. Er sagt, er habe sie vergangnen Jahrs zu Würzburg zu der Ehe genommen, und da er sie erworben und bekommen, habe er gedient dem Probst zu Unterzelt, Herr Adam Würzberger genannt; sie, Margaretha, habe derselben Zeit bei einem Procurator gedient, wisse nicht, wie er genannt sei. Item auf St. Luciatag des vergangenen Jahrs sechs und vierzig sei er mit ihr zu Würzburg zur Kirche gegangen, seine Hochzeit, wie Brauch, gehalten und zwei Tage Hochzeitsgäste gehabt [12]). — Sagt auch, er habe mit seiner Hausfrau ein Kind gehabt, Barbara genannt, das vor ungefähr fünf Wochen gestorben. Item die Ursache, daß er mit ihr herüber gezogen, sei, daß er habe zu seinem Vatter gen Erpach, dem Küchenschreiber, wollte ziehen und hat sich um Dienst beworben. Wie er und seine Hausfrau auf dieser Reise anher gen Miltenberg kommen, einen Tag oder zwei zum Schwert gezehrt, sei ein Weib auch darin gelegen, die habe er angesprochen und einen freundlichen Dienst bei ihr gesucht, aber nicht gefunden. Ferner sagt er: Die Ursache, die ihn zu solcher That, die er an seiner Hausfrau begangen, bewogen, sei die, daß seine Hausfrau ihm die Treue in der Herberg zum Schwert verletzt, daß er nicht

---

12) Benennung der Gäste u. s. w.

dazu hat mögen kommen[13]). Auch habe er sie angesprochen und gesagt, wo sie das Geld habe genommen, darum sie den Mantel und den Pelz gekauft habe; darauf habe sie ihm geantwortet: was es ihn angehe. Item sagt weiter: Wie er diese That an seiner Hausfrau begangen, habe er viele Streiche nach ihr gethan, und da sie sei gefallen, habe er etlichemal in sie gehauen, und wie sie sich wieder aufrichten wollen, habe er Steine erwischt und auf sie geworfen, daß sie wieder gefallen und still gelegen; habe gemeint, sie wäre todt, sie also liegen gelassen und hinweg gegangen. Bekennt darauf, daß er den Tod wohl verdient und bittet, was man mit ihm wolle handeln, solle man nicht lange verziehen. – Bei dieser Besorgung und gegebener Antwort sind gewesen Paul Wirthwein, Johann Brodgast, Endres (Andreas) Beck, Simon Baumann, Anton Metzler, Hans von Himbach und Wolf Keßler, alle Bürger zu Miltenberg als Zeugen dazu erfordert und gebeten. Und demnach ich Johann Schüler, der Zeit Stadtschreiber zu Miltenberg und von kaiserlicher Gn. öffentlicher Notarius, bei solchem Verhör selbst gewesen, die also obgenannten Zeugen gesehen und gehört, so hab ich mich zur Urkunde mit meinem Tauf- und Nachnamen und eigner Hand unterschrieben, sonderlich dazu erfordert und gebeten."

Nach Verlesung der eingelegten Urgicht haben die Anwälte fürder vorgetragen, wie folgt: Dieweil denn die Anwälte von wegen ihrer gn. Herrn den Claus Starcken auf die eingebrachten Fragen, seine eigne Urgicht und Bekenntniß beklagt, mit Beger, zu erkennen, was er darum verdient, oder mit welcher Strafe man ihn strafen soll, daneben begehrt, ihn zur Kriegsbefestigung anzuhalten und Antwort zu geben, das von ihm nicht geschehen, sondern allein sich zu der Ausflucht mit der Dilation gewendet, verhoffen die Anwälte, Ihr als die Richter werdet selbige abschneiden und rechtlich erkennen, daß er zur Antwort schuldig sei.

Anwalt des Beklagten sagt: Dieweil in dem, so die Kläger gegen ihn vorgebracht, Leib, Ehr und Gut gelegen, damit er mit Rath und Hülfe seiner Freundschaft, auch durch Rath der Gelehrten und Verständigen, seine rechtmäßige und wahrhaftige Gegenwehr darthun möge, so bitte und beger er nach, wie vormals gebeten und begert, wolle auch deßhalb gerechten Bescheid erwarten.

13) Ohne daß er sie dabei habe betreten können.

Interlocutorium.

Sprechen die Schöffen des peinlichen Gerichts zu Recht, daß sich aus dem Einbringen des Beklagten eigentlich befindet, daß der Beklagte der Klage nicht geständig, derhalben er den Krieg mit Nein befestigt hat. So viel aber die Dilation belangt, wollen sie dem begerenden Theil dieselbige nicht abschneiden, sondern zugelassen haben [14]). Und sollen beide Theile sich auf denselbigen Rechtstag, so durch den Richter wird ernannt werden, geschickt und mit aller Nothdurft gefaßt machen, damit sie zum endlichen Beschluß kommen möchten.

Darauf der Richter wieder einen Gerichtstag, nämlich auf nächstkommenden Montag über acht Tage, das ist den drei und zwanzigsten Januarii, ernannt und angesetzt hat, in welchen Tag beide Partheien gewilligt haben.

Johann Schöler, Not. publ. in Miltenberg."

Der 23. Januar ist herangekommen. Die Akten enthalten das geführte Protokoll:

Montag nach Sebastian, anno im acht und vierzigsten, sind beide Partheien vor gehegtem peinlichen Gericht zu Miltenberg, als vertagt, erschienen und durch die zu Recht angedingte Procuratores fürbracht wie nachfolgt:

Es erscheinen — die gesandte Anwälte ihrer gnäd. Herrn von Erpach, und dieweil jetzund der andere Rechtstag gegen Claus Starcken rechtlich vorgenommen, so bezeugen sie sich, daß sie sich zu keinem Disputat begeben haben wollen, als so viel, wie zum peinlichen Recht gehört, und sagten ferners zu der Hauptsache: Dieweil durch Recht erkannt, daß der Beklagte den Krieg mit nicht Gestehen genugsam befestigt habe, derhalb nehmen die Anwälte sein Verneinen und nicht Gestehen im Recht zu einer Kriegsbefestigung an und sagen ferner, daß sich der Beklagte, Claus Starck von Rathelsdorf, dreimal erkannt vor einem öffentlichen Notar und

---

14) Vergl. Malcomesius: Observationes foci hussiaci, 1667, Cl. quarta, Observ. VIII: Haud coactandae sunt dilationes in causis criminalibus. Ein angehängtes Erkenntniß lautet: "so viel aber anlangt die von dem peinlich Beklagten gebetene dilation und geraume Bedenkzeit, erkennen R. W. S. ihnen, den Beklagten, dilationem bis zum nächsten Gerichtstag rc."

sieben glaubwürdigen Zeugen nach Inhalt und vermöge seiner eignen Urgicht. Derhalben bitten und begeren die Anwälte, daß ihr als die Richter dieselbigen Zeugen mit Recht annehmet mit sammt dem Notario. Zu dem Andern begeren sie, daß drei glaubhaftige Personen, die den Schaden gesehen, welchen Claus Starck an seiner Hausfrau begangen, auch mit rechtmäßigem Eid beladen und verhört worden. Wollen die Anwälte in der Hauptsache rechtlich beschließen, bitten und begeren, mit Recht zu erkennen, ob die Kundschaft also soll angenommen werden.

Bey-Urtheil.

Auf das Beger der Anwälte, der Zeugen Verhör belangend, sprachen die Schöffen des peinlichen Gerichts zu Recht: Dieweil der Krieg mit Nein befestigt und der beklagte Gegentheil solches nicht widerfochten, daß die angezogenen Zeugen sollen wie Recht verhört werden.

Anwalt des Beklagten läßt geschehen, was Recht, sagt aber: Dieweil die Anwälte so heftig auf des Beklagten Urgicht dringen, in Meinung, ihn damit zu condamniren, daß diese Urgicht mehrentheils kindisch, nichtig und unbündig, daß auch in Rechten, nämlich in peinlichen, darauf nicht könnte geurtheilt werden, Ursach: Dieweil der Beklagte noch minderjährig, die Tage seines rechtmäßigen Alters noch nicht erlangt [15]). Dieweil er aber noch nicht zwanzig Jahre alt, keine bürgerliche Handlung für sich vornehmen, auch ohne Curator keine Rechtfertigung führen mag, Inhalts und vermöge Churfürstlicher Untergerichtsordnung [16]), viel weniger und in

---

15) C.C.C. Art. 179.

16) „Untergerichtsordnung des Erzstifts Mayntz, in welcher ganz fleißig angezeigt, wie und welcher gestalt in allen und jeden obgemelts Erzstifts Untergerichten in Recht gehandelt und procedirt werden solle und mag, Schultheißen, Schöffen, Richtern und andern, so an Gerichten zu handeln haben, fast (sehr) dienlich und behülflich, jetzt neulich gemeinem Nutz zu gut gemacht und aufgericht. Maynz 1535.“ fol.

Diese Civil-Prozeßordnung ist abgedruckt bei Sauer: Fasciculus judiciarii ordinis singularis: Das ist ein schöner Ausbund etlicher Chur- und Fürsten Gerichts- aber und under auch Grafen und Herrn Land-Ordnung 2c. Frankf. 1588, S. 1—21. Sie handelt, in's Civilrecht eingreifend, auch „von Vormündern und wie dieselbigen den minderjährigen Kindern gesetzt werden sollen.“

keinem Wege mag auf seine Urgicht in peinlichen Rechten procedirt oder geurtheilt werden [17]. Will in seiner Defension das Weitere vorzutragen und zu erklären sich vorbehalten haben.

Die Anwälte erhoben ihre vorige Rede, wollten sich in keine ausflüchtige Disputation begeben; bitten um Vollstreckung des ergangenen Urtheils.

Procurator des Beklagten läßt der Kläger Bitte zu, nach Inhalt des Urtheils, doch mit der Condition, wie vorhin, daß selbiges Verhör der Zeugen auf des Beklagten eignen Urgicht aus angezeigten Ursachen nichtig und unbündig sei, darauf Urtheil zu setzen oder zu sprechen.

Folgen die Namen der sieben Zeugen:

Paul Wirthwein, Johann Brodgast, Endres Bork, Simon Baumann, Anton Metzler, Hans von Himbach, Wolf Keßler.

Diese Zeugen sind durch den Richter des peinlichen Rechtens angenommen, beeidigt und beladen, in diesem Handel ihre wahre wissentliche Kundschaft zu sagen, wie sie solches gegen Gott den Allmächtigen wollten verantworten am jüngsten Gericht.

Auf solche Beeidigung haben die Zeugen einmüthiglich begert, daß ihnen der Richter wolle einen Hintergang bewilligen, der ihnen zugelassen.

Nach gehabtem Bedacht sind die Zeugen wieder gekommen und mit Erlaubniß des Richters begert, daß durch den Notarium Dasjenige, dabei sie gewesen und dazu erfordert worden, sollte öffentlich verlesen werden; alsdann wollten sie sagen, was ihnen der-

17) Vergl. Malcomesius l. c. Observ. XXXIII: Minori criminaliter accusato curator ad litem est adjungendus. Es wird ausgesprochen: „confessio minoris curatorem non habentis in delictis non nocet; idcirco curator ad litem, praesertim in causis arduis et criminalibus, ei dandus.“ Unterm 15. Juli 1642 wurde in einer Anklagesache wegen Muttermords dahin erkannt: Will Defensor einen oder den andern curatorem ad litem vorschlagen und benennen, oder sich erklären, wie er sich selbsten dazu bestellen und gebrauchen lassen will — soll er damit gehört werden &c.

Vergl. noch Mittermaier: Das deutsche Strafverfahren, 4. Aufl. Band 1. S. 358.

halben bewußt und nichts verhalten, wie sie dann am jüngsten Gericht solches vor Gott dem Allmächtigen wollten verantworten.

Auf solcher der Zeugen Beger ist die Urgicht vom Samstag nach Lucä anno 47 auf Befehl des Richters durch mich Johann Schöler von Wort zu Wort, wie vormals am ersten Rechtstag auch geschehen, öffentlich verlesen worden. Und nach Verlesung der Urgicht ist weiter, wie folgt, verlesen worden:

„Auf Dienstag nach Erhard, den zehnten Januar des acht und vierzigsten Jahrs, Vormittag zwischen 8 und 9 Uhr hat Reymund Schmitt, Schultheiß zu Miltenberg, sammt Niklesen Fehren und Hansen Hurrer, als zweien Schöffen, Claus Starcken in dem Gefängniß seiner vorigen Urgicht und Bekenntniß vor mir, nachbenannten Notaren und Zeugen wieder erinnert, vermahnt, und, ob er nach wie vor geständig, befragt, darauf er geantwortet: Ja, was er vormals bekannt, dessen sei er noch geständig; er könne es nicht läugnen, hoffe aber, Gott solle ihm barmherzig sein. Damit der Schultheiß ihn zur Beständigkeit ermahnt und abgeschieden. Bei dieser Handlung sind gewesen Paulus Wirthwein, Endreß Bork, Simon Baumann, Johann Brodgast, Antonius Metzler, Hans von Himbach und Wolf Keßler, alle Bürger zu Miltenberg und Zeugen, dazu sonderlich erfordert und gebeten. Auch ist dabei gewesen Windalph Stein der Stadtknecht und Jörg Wammisser, der Herrnknecht.

Und weil ich, Johann Schöler, von kays. Gn. öffentlicher Notar, bei Allem, wie obsteht, selbst sammt obgenannten Zeugen gewesen, solches also geschehen, gesehen und gehört, so habe ich mich zu mehrerer Urkunde mit meinem Tauf- und Zunamen mit eigner Hand unterschrieben, sonderlich dazu erfordert und gebeten."

Nach Verlesung der Urgicht und der Handlung, wie obsteht, hat Hans von Himbach, der älteste Zeuge, auf Anhaltung geantwortet und gesagt: Alles, wie jetzo durch den Notar und Schreiber verlesen ist worden, da sei er als ein Zeuge mit und bei gewesen und dasselbe also geschehen, gesehen und gehört; sage, daß also wahr sei. Endigt damit seine Sage.

Dieser Sage sind die andern sechs Mitzeugen einmüthiglich und ein jeder für sich selbst noch also geständig gewesen, und damit ihre Sage geendet und beschlossen.

Folgt weitere Handlung.

Es bringen die gesandten Anwälte dieses schriftliche Verzeichniß,

so von Meister Adam, Scherer[18]) von Michelstadt über die Wunden, so Margaretha Röthen von Claus Starcken, ihrem ehelichen Hauswirth, empfangen, aufgesetzt. Bitten und begeren, dasselbe zu verlesen und die drei Zeugen darauf zu verhören, was sie derhalb von der Margaretha gesehen und auch von Meister Adam gehört[19]).

Namen der drei Zeugen.

Simon Baumann, Endres Bork, Hans Larius, Bader zu der obern Badstube und Burger zu Miltenberg.

Folgt das eingelegte Verzeichniß.

„Ich Adam Manger, Scherer und Wundarzt zu Michelstadt, bekenne mit meiner eignen Handschrift, wie der Uebelthäter, der zu Miltenberg gefänglich liegt, sein Eheweib auf freier Straße verwundet und geletzet (verletzt) hat, wie folgt, und für todt hat liegen lassen.

Item zum Ersten den linken Arm im Gelenk entzwei gehäuen bis auf's Fleisch, und etliche Adern, und das halbe Theil vom Glied heraus ist gangen.

Item eine Wunde an der rechten Seite vom Ohr bis auf das Kinn herab.

Item eine Wunde über dem rechten Ohr, am Schlaf, eine halbe Spanne lang.

Item auf dem Haupt fünf Wunden kreuzweise durch einander, daß ein Stück Hirnschale und etliche Beine heraus sind gegangen.

Item der Zeigefinger an der rechten Hand auch halber entzwei gehauen."

Nach Verlesung dieses Wunden-Verzeichnisses haben die gesandten Anwälte begert, die obgenännten drei Zeugen darauf zu verhören.

Also hat der Richter die vorgestellten Zeugen wie Recht angenommen, beeidigt und beladen, ihre wahre wissentliche Kundschaft darinnen zu sagen, als sie solches vor Gott dem Allmächtigen wollten am jüngsten Gericht verantworten.

---

18) Barbier.

19) Carolina Art. 147.

Auf solche Beeidigung hat Hans Larius der Ober-Bader gesagt: Wie die Wunden in Meister Adams Schrift sind angezeigt und jetzo verlesen worden, das ist also wahr. Ursache: Wie der Schultheiß ihn, Zeugen, und die andern, seine zwei Mitzeugen, derhalb herüber gen Michelstadt geschickt habe, hätte sie Meister Adam zu sich gefordert; seien sie mit gegangen und hätten solche verzeichnete Wunden selbst gesehen. Hiermit endet seine Sage.

Dieser Zeugensage sind die andern zwei Zeugen von Wort zu Wort geständig; denn sie auch also dabei gewesen und dieß also gesehen haben, und nichts Weiteres. Endigen hiermit ihre Sage.

Folgt weiter der Partheien Vortragen.

Auf die jetzund verhörte Zeugen, die Urgicht belangend, deßgleichen auch die drei Zeugen des Leibschadens, den Meister Adam verzeichnet, verhoffen die gesandten Anwälte von wegen ihres gnädigen Herrn, daß ihr als die Richter werdet mit Recht erkennen und erklären, daß Claus Starck seiner Mißhandlung genugsam durch seinen eignen Mund bezeugt sei. Denn es ist wahr und am Tag, daß keine größere Kundschaft, denn die offenbarliche That. Dieweil dann Claus Starck solche That begangen und sich frei ohne peinliche Frage bekennt, daß er sie gethan habe, so verhoffen die gesandte Anwälte, ihr als die Richter werdet mit Recht erkennen und erklären, daß er genugsam bezeugt sei, unangesehen, daß sein Procurator den Krieg mit Nichtgestehen befestiget.

Der Procurator des Beklagten sagt, er lasse die Zeugen der Beschädigung halben, an seinem Eheweib begangen, für sich und ungestraft bleiben. Item er sagt auch, daß er deßgleichen die Zeugen seiner eignen Urgicht nach ungestraft haben[20]) wolle. Es repetirt aber Procurator sein voriges Einbringen, die Urgicht belangend, sagt, daß selbige ganz kindisch, auch, wie zu demselbigen Einbringen gemeldet, von einem unverständigen Jungen. Derhalben läßt sie Procurator des Beklagten als unbündig, darauf zu urtheilen, beruhen und (ist) fürder zu der Verantwortung und Conclusion der Sachen zu schreiten.

Die Anwälte repetiren ihr jüngstes Einbringen und bitten, zu erkennen, wie darin gebeten.

---

20) ihnen nicht widersprechen.

Bey-Urtheil.

Auf das Einbringen der Gesandten, ob der Beklagte genugsam bezeugt sei, sammt allem derhalben Vorgetragenen sprechen die Schöffen des peinlichen Gerichts zu Recht: Demnach des Beklagten Urgicht öffentlich verlesen, die Zeugen auch, dieselben vom Beklagten also gehört (zu haben), auf ihre Beeidigung ausgesagt und bekannt, er, der Beklagte, auch dieselbige Urgicht nicht verneint, daß der Beklagte seines Bekenntnisses genugsam bezeugt sei.

Dieweil dann jetzt mit unterschiedlichem Urtheil mit Recht erkannt, daß Claus Starck seiner Mißhandlung, so er an seinem ehelichen Weib begangen, genugsam bezeugt sei, nach Inhalt seiner eignen Urgicht und der Zeugen Sage, so erholen die gesandten Anwälte — ihre erste vorgebrachte Klage, sagen, daß dieselbige wahr sei. Zu dem andern erholen sie auch den Artikel, so in der Klage gemeldet, daß (das), was Ihre gn. Herrn gegen den Beklagten vornehmen, nicht geschicht aus Neid oder Haß, sondern allein aus nothdürftigem Recht, Straßen und Land in gutem Schutz und Frieden zu halten, wie sie dann zu thun schuldig sind. So wollen sich jetzund die Anwälte nicht lassen irren (durch) des Beklagten Procurators vielfältige Ausflucht, so er meldet, der Claus Starck sei eine junge Person und habe Jugend halber seiner Handlung oder Vornehmens keinen Verstand. Dieses und anderes viel unnützes Vorbringen lassen die Anwälte auf ihrem Unwerth beruhen; ist auch nicht von Nöthen, dem Beklagten Antwort darüber zu geben, und wollen allein in der Hauptsache darauf beschließen und zu richterlichem Erkenntnisse stellen, was Claus Starck um solche Handlung verdient habe, oder was seine Belohnung sein soll.

Procurator des Beklagten läßt das ergangene Interlocutorium auf seinem Werth und Kraft beruhen, will aber doch darüber öffentlich protestirt und bezeugt haben, daß die Urgicht des Beklagten von wegen der Jugend und nicht habender Jahre nichtig und unbündig sei, darauf zu urtheilen, und will ferner sich zu der Antwort auf vorgetragene Klage begeben: Ist der Klage, wie sie vorgebracht, und sonderlich in etlichen Punkten und Clauseln, in der Klage begriffen, nicht geständig, wie sich dann aus der Erzählung dieses Handels klärlich befinden wird. Sagt aber zu einem gründlichen und wahrhaftigen Bericht, auch rechtmäßiger Entschuldigung dieser That: wahr sei, daß Margaretha Nöthen seine eheliche Haus-

frau gewesen, habe sie auch allwege als seine eheliche Hausfrau herzlich geliebt. Habe sich aber zugetragen nach kurz verschienener Zeit seines hochzeitlichen Tags, daß sich Margaretha, seine Hausfrau, dermaßen mit Geberden und auch Werken so unfreundlich gegen ihn erzeigt, und gehalten, dadurch er in Argwohn gefallen. Item es haben ihm auch nachfolgends ehrbare Personen angezeigt und gesagt: Cloß, wende Acht auf die Sache, du bist wahrlich mit diesem Weib betrogen, zu besorgen, daß du wenige Freundschaft bei ihr erhalten werdest. Er aber, Claus, habe solcher Aussagen Werth sein (dahin gestellt sein) lassen und sich nichts desto weniger freundlich zu ihr gethan, aber desselbigen wenig bei ihr befunden, daraus sich dann der Argwohn gemehrt. Item Claus Starck sagt: wahr sei, daß er auch bei ihr einen Schaden an seinem Leib empfangen, an Enden und Orten, da eheliche Leute pflegen mit einander zu schicken haben, welchen Schaden er auch noch an seinem Leib trage, daraus dann ihm sein Herz erkaltet. Habe aber doch wie der fromme Joseph gethan, und sie nicht rüchtig oder offenbar machen wollen, sondern bei sich bedacht: möchte ich einen Dienst an fremden Orten bekommen, vielleicht wird sie sich bessern und sich etwas freundlicher zu dir halten. Dieser Meinung und keiner andern mit ihr alhie her kommen, einen Tag oder etliche zum Schwert gezehrt, der Meinung, gen Erbach zu seinem Vetter zu ziehen, sich um Dienst zu bewerben. Aber wie dem allen, hab er alhie zu der Herberg hinter seinem Weib befunden, ihm unbewußt woher, einen Mantel und Pelz, achte, daß dieselbige zwei Stücke unter eilf oder zwölf Gulden nicht erzeugt, worüber er auch herzlich erschrocken und seine Hausfrau mit Güte ersucht, gesagt: liebe Margareth, woher kommt dir das, daß du solches erzeugt? Dann ich weiß, daß dieß dein Vater oder Mutter nicht gegeben haben. Nun sehe ich, was ich vormals nicht glauben wollte, will wissen, wo hast du das erzeugt? Sie aber ihm mit so gar ungebürlicher, einem ehrbaren Weib nicht zuständigen Antwort begegnet, daß es vor einem ehrbaren Gericht zu grob ist, auszureden: Was es ihn angehe, er sei ein Lallmaul, ein Breimaul, ein junger Fanth, sie habe Pelz und Mantel, sei ihr, er soll's noch lang nicht erfahren, woher es ihr kommen! und weß Unstürm- und Ungeschicklichkeit sie sich gegen ihn erzeigt und gehalten — mit Worten und Werken. Möchte Claus Starck leiden, daß der Wirth zum Schwert derhalben ver-

hört werde. Werde sich sonder Zweifel befinden, mit welcher Ungeschicklichkeit sie sich gegen ihn vornehmen lassen. Item sagt weiter: er habe es also hier bewenden lassen. Und nachdem er und seine Hausfrau alhie zu Miltenberg ausgangen, im Willen, gen Erbach zu gehen, sei er doch der Hoffnung gewesen gegen seinem Weib, sie werde ihm solches, woher ihr das kommen, nicht vorhalten, und in der Nähe hier bei Miltenberg wieder an sie gesetzt und gefragt, aber solches von ihr nicht mögen bringen. Also ein Hader erwachsen, daß er sie zum zweiten Mal auf dem Weg mit Fäusten geschlagen, in Zuversicht, er wolle solches von ihr bringen, aber sie auf ihrem Fürwenden beharrt, ihm allwegen böse und giftige Worte gegeben, also im Hader fortgezogen bis an das Ende und Ort, das die Gesandten und der klagende Theil in ihren Schriften und Gewalten ungefähr anzeigten. Alda habe sie ihm abermal, nachdem er sie befragt, woher ihr das kommen, böse und herbe Worte gegeben, daraus er mit Zorn bewegt und zu ihr gesagt: Nun will ich wissen, woher? Darauf sie ihm geantwortet und gesagt: ob er sie gleich zu Riemen schlüge, sollte er doch nicht wissen, woher ihr das kommen. Aus solcher ihrer Antwort sei er bewegt worden, seine Wehr genommen, sie mit Wehr und Scheide ein= oder etlichemal über den Kopf geschlagen. Da habe sie angehoben, ihn zu malediciren, einen Schelmen, einen Lecker, einen Dieb, einen Bösewicht gescholten, davon er dann ferner bewegt, sie noch einmal mit Scheide und Wehr über den Kopf geschlagen und, als sie annoch von ihrem Schänden und Schmähen nicht aufhören wollen, aus angezündetem Zorn etlichmal in sie gehauen, wie augenscheinlich, und folgends mit dem Stein an sie geworfen, also liegen lassen und von ihr gegangen. Daß aber die Anwälte in ihrer Klage öffentlich melden und vorbringen, Claus Starck habe seine Hausfrau muthwilliglich, freventlich, vorsätzlich und mörderisch angegriffen, sagt Claus Starck Nein; sagt aber: wahr sei, daß er seine Hausfrau, wie vorgemelt alwegen herzlich geliebt, des Willens, des Vorsatzes, der Meinung nie gewesen, seine Hausfrau oder jemand anders sein Leben lang zu ermorden. Auch so habe er sie nicht wie ein Mörder auf der Straße bewartet, oder von anderswo zu ihr auf die Straße kommen, sondern sie sei zu Miltenberg mit ihm ausgegangen und habe sich diese Sache nicht mörderlich, sondern aus zufälligen beweglichen und merklichen Ursachen

ergeben, wie sich dann auch dieser Hader und Zank alhie zu Miltenberg in der Herberge erregt und ergeben; Derohalben die Gesandten von Erbach ihre Klage wohl etwas gemildert und gelindert hätten [21]. Dieweil dann, günstige und weise Herrn, diese Sache, sich nicht mörderlich ergeben, sondern aus merklicher Bewegung, so ihm das Weib dazu gegeben, erregt hat, auch die heilige Schrift im Buch Genesis, auch der heilige Paulus an vielen Orten meldet, daß der Mann sei das Haupt seines Weibes und ihm gebühre, auch ein Aufsehen zu haben, damit die Ehrbarkeit eines Weibes erhalten werde, auch Paulus haben will, daß ein jegliches Weib ihren Hauswirth mit ungebürlicher Antwort nicht betrüben soll, welches wahrlich des Beklagten Weib gegen ihn gethan und sich also in diesem Fall gegen Gott und ihren Hauswirth höchlich versündiget, derohalben ist der Beklagte nach Inhalt und vermöge gemeiner Rechten am Leib nicht zu strafen, sondern vielmehr von solcher Klage zu erledigen und zu absolviren. Und sagt derhalb Procurator des Beklagten: wahr sei, daß die Hoch= und Rechtsgelehrten in diesen irrigen [22]) und hochwichtigen Händeln gar viel Mittel und Wege, damit niemand über die Gebühr gestraft werde, setzen und ordnen, sagen auch, daß solche Sachen im Recht weitläuftig zu ergründen seien und gehöre eine hohe und scharfe Disputation dazu. Item sie sagen auch, daß einem Richter, der im Recht nicht erfahren, hoch von Nöthen, Seel und Leib zu verwahren, Rath bei den Hochgelehrten zu erholen, sagen auch, daß es den Rechten und auch den Urtheilssprechern viel heilsamer und nützer sei, zehn Schuldige ledig zu geben, als einen ohne Grund der Rechte zu tödten; denn sehr gefährlich sei es an Seel und Leib, sich ohne Grund der Rechte mit Menschenblut zu besudeln und das Gewissen damit zu beschweren. Derohalben ich als Procurator des Armen will einen Richter und Urtheilssprecher erinnert und darum gar fleißig gebeten haben, sie wollten, ohne Rath und Vorwissen der Gelehrten Endurtheil zu geben sich nicht unterziehen oder unterwinden. Daran werden sie sonder Zweifel zuvörderst Gott dem Allmächtigen und folgends unserm gn. Herrn, dem Churfürsten von Mentz, einen sondern Wohlgefallen erzeigen und sich

21) Hätten milbern sollen.

22) zweifelhaften.

selbst vor aller Fährlichkeit erretten. Ist auch Procurator der Zuversicht und der Hoffnung, ein ehrbarer Schöffe als Urtheilssprecher werde sich hierin aller Gebühr wohl wissen zu halten und zu erinnern, und will's auch hiermit im Namen Jesu Christi Gott und den Rechten befohlen haben.

Auf des Beklagten weitläuftige eingebrachte Schirm-Artikel, die da dem Beklagten mehr zugegen und zuwider, als zu Gunsten, lassen die Gesandten dieselben auf ihrem Unwerth bleiben, und erholen ihre eingebrachte Klage mit sammt der Kundschaft, Beiurtheil und Rechtssatz mit angeheftetem Begehr. Dieweil aber Procurator des Beklagten selber in der Verantwortung vorträgt, wie auch in der Urgicht gemeldet, daß Claus Starck Margarethen Röthen des Orts eigenwilliglichen gehauen, mit einem Stein geworfen und von ihr gangen und liegen lassen, nehmen die Anwälte zu einem Schutz der eingebrachten Klage für bekannt an und bezeugen sich daneben öffentlich, nicht mehr über sich zu laden, als was die That selbst mit sich bringt, und sagt ferner Procurator der Anwälte für sich: Dieweil jetzund Claus Starck, oder sein Procurator, Margaretha Röthen, ihm zu einem Glimpf, allein Schande und Laster aufladen wollte, ist höchlich zu erbarmen bei einem jeglichen Verständigen. So ist es wahr, daß er sie eine gute Ferne hin von der Straße in die Hecken geschleift und einen Stein auf sie geworfen, will dafür haben, daß er dreißig oder vierzig Pfund schwer. Derhalben lassen die Anwälte es bei ihrem vorigen Rechtssatz bewenden und alles vor Geredete wollen sie erholt haben, und begehren, zu erkennen, ob's ihm geziemt oder nicht geziemt habe. Es ist auch bei einem jeglichen Verständigen hoch zu betrachten, dieweil es gegen die Nacht geschehen und er von ihr gangen, also sie jämmerlich verwundet lassen liegen, was er doch für ein Gemüth gehabt habe, welches auch rechtlichen Amts zu betrachten. Aber des Weibes Ehre halber hat ihn der Schultheiß hier zu Miltenberg zu Abend des vorigen Rechtstags sonderlich gefragt, ob er, Claus, irgend einen Argwohn auf Margarethen habe, der ihm dann Ursache zu solcher That gegeben, darüber Claus geantwortet, er wisse keinen Argwohn. Darum laß ich des Beklagten Vorbringen auf seinem ganzen Unwerth beruhen.

Procurator des Beklagten sagt: Damit nicht geachtet würde, daß er vergebliche oder leere Worte in seiner Antwort vorgebracht,

möge er derhalb wohl leiden, sei auch seine Bitte und Begehr, ihres Wohlhaltens und guten Gerüchts halben gen Bamberg, item deßgleichen gen Würzburg zu schreiben, und will der Beklagte ferner, als was erstlich gestanden, nicht geständig sein, es bei seiner gegebenen Defension beruhen lassen, und Gott und dem Richter befohlen.

Die Anwälte lassens bei dem angesetzten Urtheil.

Folgt ein Bescheid.

Nachdem der Ehrbare Schöffe des peinlichen Rechtens Klage, Antwort, Zeugen sammt allem andern Vorbringen, auch richterlichen Beschluß angehört und genugsam vernommen und den Handel etwas hochwichtig und ihm zu schwer befunden, haben sie sich vereinigt und beschlossen, damit jedem Theil, was Recht, widerfahre und mitgetheilt werde, daß sie die Acten und ganze Handlung wollen vor die Rechtsgelehrten lassen gelangen, um Unterweisung des Endurtheils bitten und ansuchen [23]). Wenn also dann den Schöffen solch Urtheil zugeschickt, alsdann soll der Richter beiden Theilen einen endlichen Rechtstag ernennen und ansetzen, auf welchen Tag der Schöffe des peinlichen Rechtens ihnen, den Partheien, die begerte Rechtsatzung und Urtheil will eröffnen und mittheilen.

Johann Schöler ꝛc."

Die „Unterweisung des Endurtheils" ist eingelangt:

Auf Freitag nach dem Aschermittwochen des acht und vierzigsten Jahrs Vormittags um zehn Uhr ist das peinliche Gericht zu Miltenberg im Beisein beider Partheien gehegt und dem Brauche gemäß besetzt worden, darauf die gesandte Anwälte gerichtlich eingebracht, wie folgt:

Es erscheinen wieder die gesandten Anwälte und Gewalthaber — jüngstem Bescheid nach und erheben ihre eingebrachte summarische Klage, desgleichen auch Claus Starcken eignes Bekenntniß und Urgicht. Sie erholen auch dieselbe Punkte und Artikel, was vorhin in Actis gemeldet, daß keine größere Kundschaft und Zeugniß sei, denn eine wahrhaftige offenbare That und auch des Thä-

---

23) C.C.C. Art. 219 „sollen allwegen die Gerichte, so — ihnen Zweifel zufiel, bei ihren Oberhöfen — ihren Rath zu suchen schuldig sein."

ters eignes Bekenntniß. Dieweil denn Claus Starck ohne alle peinliche Frage sich bekannt, daß er seine eheliche Hausfrau mörderlich verwundet und niedergeschlagen, auch Stein auf sie geworfen und für todt liegen lassen, dieselbige auch durch ehrbare Leute also ziemlich verwundet lebendig gefunden ist worden und gen Michelstadt zu dem Wundarzt gebracht, ihr Leben, des Verhoffens, länger zu erhalten, aber doch seither Todes verschieden[24]), so rufen die gesandten Anwälte an das richterliche Amt des peinlichen kaiserlichen Rechts, darin zu erkennen.

Auf so eingebrachte Handlung erscheint Claus Starck alhie zugegen und bittet um Gottes willen, man wolle ihm Gnade erzeigen, dabei bedenken sein schweres und hartes Gefängniß, nunmehr neun Wochen erlitten, und auch ansehen seine Jugend und ihn bei einer gnädigen Leibesstrafe bleiben lassen, dann er aus Unverstand und Thorheit, auch Zorn sich vergessen, und man möge ihn des Lebens begnadigen; ist auch dieser Zuversicht, das peinliche Gericht werde ihn diese Bitte genießen lassen.

Es nehmen die gesandten Anwälte jetzund des armen Claus Starcken Vorbringen für bekannt an und sagt Procurator derselbigen, daß die Gnade nicht beim Richter stehe, sondern allein bei der hohen Obrigkeit, wiewohl allesammt schuldig sind, je einer über den andern sich zu erbarmen. So mag aber das Recht kein Erbarmen leiden, sondern es soll nach Gestalt der Sache im Urtheil bedacht werden. Derhalben lassen es die Anwälte bei ihrem Rechtssatz beruhen und bitten, wie vor gebeten, um endliches Urtheil.

Der Beklagte bittet nochmals, um Gottes willen ihm Gnade zu beweisen.

Folgt das Endurtheil.

Auf Klage, Antwort und alles gerichtliche Vorbringen, auch nothdürftige wahrhaftige Erfahrung und Erfindung, so deßhalb alles nach laut Kaiser Karls des Fünften und des heiligen Reichs Ordnung geschehen, ist durch die Urtheiler und Schöffen dieses peinlichen Gerichts endlich zu Recht erkannt, daß Claus Starck, der Beklagte, so gegenwärtig vor diesem peinlichen Gericht steht, durch

24) Durch ein Schreiben des Sekretärs Joachim Has vom 31. Januar 1548 wurde dem Schultheißen zu Miltenberg angezeigt, daß die Verwundete in der verflossenen Nacht gestorben sei.

die angezogene Mißhandlung, an seinem Eheweib geübt und begangen, und ihren darauf gefolgten tödtlichen Abgang das Leben verwirkt[25]) und deßwegen mit dem Schwert vom Leben zum Tod gebracht[26]) und folgends der todte Leichnam öffentlich auf ein Rad gelegt und aufgerichtet werden soll.

Nach Verlesung dieses Endurtheils hat Procurator des klagenden Theils nachfolgende Bitte angezeigt:

Herr der Richter, die gesandten Anwälte bitten um Vollstreckung jetzt gesprochenen und verlesenen Endurtheils.

Darauf der Richter den Armen dem Nachrichter, das ergangene Endurtheil an ihm zu vollziehen, wie Recht ist, befohlen.

Johann Schöler ꝛc."

Ueber die Vollstreckung des Todesurtheils findet sich in den Acten keine Urkunde. Ein bei den Acten befindliches „Register der Expens und Unkostens, so auf Claus Starcken von Nathelsdorf zu Miltenberg in dem Gefängniß und bis er mit dem Schwert vom Leben zum Tod, wie Urtheil und Recht geben, gebracht, gegangen ist", läßt zuletzt lesen:

> Item den zwei Stadtknechten und dem Herrnknecht 2 Gulden. Item dem Nachrichter für seine Belohnung geben sechs Gulden, zwölf Albus.

Noch befindet sich bei den Acten ein Verzeichniß: „was ich Philipp Erpach, Schultheiß zu Michelstadt, an Unkosten, so auf Claus Starcken, so auf Freitag nach Estomihi zu Miltenberg gericht ist worden, ausgegeben hab."

25) C.C.C. Art. 192.
26) C.C.C. Art. 137.

XV.

Der Nachtschach.

Von

Eduard Osenbrüggen,

Professor zu Zürich.

In den neuen deutschen Strafgesetzbüchern hat die Nacht eine viel geringere Bedeutung als in dem alten deutschen Strafrecht, welches gerade in der starken Hervorhebung der Nacht einen schönen sittlichen Zug offenbart. Das Unrecht, welches bei „Nacht und Nebel" geschah, oder „bei schlafender Zeit", fand wegen der den Vorfahren so verächtlich erscheinenden Heimlichkeit eine strenge Würdigung im Gegensatz zu dem Thun, das die „wachende Sonne" beschien. Stark ist dieß hervorgehoben im ditmarscher Landrecht 1447. §. 68: „Wenn jemand zur Nachtzeit in eines Andern Haus mit Bosheit einbräche und einen Mann darin erschlüge, was Gott verhüte, den Mann soll man bezahlen mit 200 Mark, und soll dem Hauswirth 60 Mark und dem Gerichte 60 Mark büßen, und dem Thäter soll man sein Haus niederbrennen, und er soll alle seine Tage gelten für einen ehrlosen Schalk."

Am häufigsten ist der Gegensatz von Tag und Nacht geltend gemacht bei der Missethat, deren Name in seinen Silben das Heimliche als zu ihrem Wesen gehörig sogar doppelt urgirt, bei dem Diebstahl. Ueber den nächtlichen Diebstahl bemerkt Wilda, Strafrecht der Germanen S. 877: dessen Auszeichnung beruhe auf einem gleichen Grunde, auf welchen die Auszeichnung des Diebstahls vom Felde hinführe, nämlich, daß die Sicherungsmaßregeln in der Nacht weniger wirksam waren und die Nachtzeit die heimliche Entwendung um so mehr begünstigte. Der Schwabensp. 201 (Laßberg) drückt die alte Ansicht so aus: „Ist daz ein man eine diebheit tut eines

nahtes den soll man toeten. Daz ist da von gesetzet daz die naht bezzern vride solte han danne der tag." Im Stadtrecht von Speier 49 ist die erste Weinglocke als die Friedglocke der Nacht bezeichnet. Damit steht im engsten Zusammenhange und ist nicht als ein davon verschiedener Gesichtspunkt aufzufassen, daß die Wahl der Nacht zur Begehung des Diebstahls den Dieb sittlich schlechter erscheinen ließ.

Die Bedeutung der Nacht im altdeutschen Strafrecht läßt sich leicht mit Beispielen anschaulich machen:

1) Oft stempelte die Nacht ein Handeln zum Diebstahl. Sehr häufig ist dieß von Beschädigung des Korns und der Gewächse auf dem Felde und im Garten ausgesprochen. Augsb. Stadtr. S. 105 (Ausg. von Freyberg) Grimm, Wsth. III, 591. 714. II, 48. 138. 155. 156. Salzburg Landtäding in Walch's verm. Betr. II, 163. Brünn Schöffenb. 260. Kaltenbaeck, Pan- und Bergtaidingbücher IV, 26. Schauberg, Zeitschr. für schweiz. Rechtsquellen I. S. 132.

In einem österr. Weisthum (Grimm III, 712, 717) ist bestimmt, daß der Wandel desjenigen, welcher auf dem Fischwasser der Herrschaft bei Tage ergriffen wird, 6 Sch. und 2 den. sei, begriffe man ihn aber bei der Nacht „den mag man annehmen und halten als einen schädlichen Mann." Kaltenbaeck XLIV, 15. CLXIV, 12. Nach der letzteren Stelle soll man dem nächtlichen Fischer sogar die Augen ausbrechen, welche Strafe sich für einen anderen Fall auch in einem österr. Weisthum bei Grimm III, 711 findet.

Daß Frevel durch die nächtliche Begehung zu Malefizsachen wurden, zeigen auch Grimm Wsth. I, 208. Schauberg I, 180. Walch Beitr. II, 161. Kaltenbaeck CCV, 38. 39.

2) Auf Frevel bei Nacht ist oft die doppelte oder eine weiter erhöhte Buße gesetzt. Stadtrecht von Luzern 134: „Wir hand gesetzt — was old welcherlei frevenheit old frevel wie die sind, nachtes beschehen, das ist und sol sin zwivalte buß". Bayern Landrecht 71. Speier Stadtrecht 49. Lübeck II, 220. IV, 70. 81. 91. Bremen bei Oelrichs II. S. 663. Stat. von Wittenberg 29. (in Förstemann's neuen Mitth. VI, 3.) Grimm, Weisth. I, 221. 333. Schauberg a. a. O. I, 15. II, 86. 118.

3) Durchgängig findet sich im altdeutschen Rechte die Unterscheidung des Tagdiebs und Nachtdiebs und die schwerere Bestrafung

des letzteren (Grimm R.A. 637.) z. B. Sachsensp. II, 29. §. 3. 38. §. 1. Rechtsbuch nach Dist. II, 10. 11. Weichbild 205 (Thüngen) Bayern Landrecht 48. 66. 67. Ditmarschen 1447 §. 125 ff. 138 ff.

4) Die Identifizirung von Nachtbrand und Mordbrand und das starke Hervorheben des Nachtbrandes und der Nachtbrenner zeigt gleichfalls die schwere Bedeutung der Nacht. Pertz Mon. IV, 428. 455. Grimm, Weisth. I, 539. II, 22. 23. 41. 43. 44. 381 Anm. III, 892. vergl. meine Abhandlung über die Brandstiftung S. 13.

Diese bekannten Beziehungen der Nacht in dem altdeutschen Strafrecht führen hin zu der Frage nach der Geltung des Nachtschachs, der in süddeutschen, besonders aber altschweizerischen Rechtsquellen vorkommt. An Aeußerungen über dessen Geltung fehlt es zwar nicht, zum Gegenstand einer eingehenden Untersuchung ist er meines Wissens noch nicht gemacht.

In einer Offnung von Rorschach (Grimm, Wsth. I, 233) ist der Nachtschach unter den schweren Missethaten aufgeführt: „die vier ungricht nachtschach, notzog, haymsuoch und fridbrech wunden"; in einem badischen Weisthum (Grimm I, 310) den großen Freveln angereiht: „und darumb ist der todschlag und blutrunsigi und hertvelligi und der nahtschach und tübi und du groz fresli einz vogtz". Eine hohe und zwar meistens die höchste Buße von 10 Pfund Pfennige setzen auf den Nachtschach viele schweizerische Rechtsdenkmäler, Grimm, Weisth. I, 202. 214. 221. 229. 236. Zeitschr. für schweiz. Recht I. (1852) S. 92. Schauberg I, 73. II, 65. 82. Die letztere Stelle scheint zugleich eine Auskunft über den Begriff zu geben, aber es wäre doch sehr gewagt, hiernach Nachtschach durch nächtliches Abmähen von Gras, nächtliche Entwendung von Obst u. dgl. zu erklären, vielmehr sagt die Stelle nur, daß für dergleichen (vergl. die Nachtetz im Stadtrecht von München 1347 Art. 69) die Buße des Nachtschachs 10 Pfund Pf. eintreten soll.

Das Augsburger Stadtrecht S. 64 (Freyberg) nennt den Nachtschach neben dem Todschlage und reiht ihn S. 108 an den Straßenraub. In der späteren Redaktion dieses Statuts bei Walch IV, S. 162. 314 ist daraus „Nachtschaden" geworden und ebenso ist an die Stelle von Nahtslack im Rechtsbrief für München 1294 §. 30 im Stadtrecht von 1347 Art. 248 „Nachtschaden"

getreten. Auer führt zu der letzteren Stelle noch die Variante „Nachtschach" an. Solche Substitutionen bei veralteten und unverständlich gewordenen technischen Ausdrücken sind nicht selten, aber es ist auch nicht selten zweifelhaft, ob der alte Begriff durch den neuen Ausdruck gedeckt oder ihm entsprochen sei. Das in diesem Falle an die Stelle gesetzte „Nachtschaden" ist ein so umfassender Begriff, daß dadurch vielleicht das Ursprüngliche, der Nachtschach, ganz verflüchtigt wird.

Im Fridgerichtsbuch von Regensburg (Freiberg's Sammlung V, S. 67) ist ein Artikel rubricirt: „Von Unzucht bei Nacht" und lautet: „Wer angesprochen wirt, das er des nachtes abpreche oder die lewt slach umb ir gut, mag er des nicht gerichten mit zwain der genanten, so soll man uber in richten als uber einen morder" &c. Es wäre möglich, daß hierin eine Beschreibung des Nachtschachs läge, aber sicher ist das nicht.

Die meisten Zeugnisse über den Nachtschach liefern, wie die schon angeführten Stellen zeigen, die schweizerischen Rechtsquellen. Unter diesen verbreiten sich über denselben am ausführlichsten der Richtebrief der Bürger von Zürich und das Landbuch von Schwyz.

Der Richtebrief der Bürger von Zürich existirt in zwei Recensionen, von denen die ältere vor 1300 entstanden und in der helvetischen Bibliothek, Stück 2 (1735) gedruckt ist; die jüngere Recension von 1304 hat Fr. Ott bekannt gemacht im Archiv für schweizerische Geschichte, Bd. V, (1847) S. 149 ff. In Beziehung auf die Charakteristik des Nachtschachs stimmen zwar beide überein, doch ist die systematische und vermehrte jüngere Recension auch hier in einem Punkte vollständiger:

I, 28. „Von ansprechi nachtschaches umbe den mort." Der anspreche wirt des nahtschaches umb den mort, der sol sich ze der lütkilchen selb sibender — entreden. Swer des nicht wil ald en mag, der ist des morders buoze schuldig.

29. „Von ansprechi nahtschaches um wundon." Der anspreche wirt nahtschaches umb wundon, der sol sich ze der lütkilchen selbedritter unarkweniger lüte entreden — Swer des niht wil ald enmag, der ist schuldig der wundon buoze.

30. (fehlt in der älteren Recension) „Von ansprechi nahtschaches umb unfuoge und unzuht." Der anspreche wirt nahtschaches umbe alle unfuoge und unzuht ane mort und ane wundon, der

sol sich ze der lütkilchen entreden selbedritter unarkweniger lüte —. Swer des niht wil ald enmag, das sol der Rat richten uf ir eit, nach der gelegenheit beide des, dem da geschiht und ders da tuot, und git der stat zu buoze zwo march.

31. „Von ansprechi nahtschaches, da schaden ist an gute." Der ansprehe wirt nahtschaches, da von schade ist geschehen an guote, der sol sich entreden — selb dritter —. Swer das niht wil ald en mag, der git zwo march der stat zu buoze, und sol man in dannoch twingen, daz er dem kleger sinen schaden zwigülte. —

An einer späteren Stelle, III, 24, ist nochmals von der Ueberführung und Entschuldigung beim Nachtschach die Rede und zur Charakteristik des Delicts dient noch

III, 42: Swem dū stat verbotten wirt umb den mort, umb den brand ald den raub, die wunden, den natschach ald tübde, die sol der Rat — verbieten dien burgeren, die veste hūser vor der stat hant, daz sie ir niht behalten. —

Die letztere Stelle ist besonders wichtig wegen der deutlichen Sonderung des Nachtschachs vom Raube. Nach den Bestimmungen des ersten Buchs des Richtebriefs ließe sich Nachtschach sehr einfach erklären als nächtlicher Angriff, aus welchem Mord, Verwundung, sonstiger Unfug, auch Schaden an Gut hervorgehen, ähnlich wie die angereihte Heimsuchung (I, 32 ff.) Brand, Raub und sonstige Beschädigung im Gefolge haben kann. Vielleicht ist es eine Substitution für den veralteten Nachtschach, wenn im Landbuch von Davos in Graubünden S. 118 nach dem nächtlichen Ausfordern aus den Häusern jeder „nächtliche Angriff" bei schwerer Strafe verboten wird.

Das Landbuch von Schwyz hat zwei Satzungen über den Nachtschach aus verschiedenen Zeiten. Der erste „Brief um den Nachtschach" vom Jahr 1394 sagt, wenn jemand dem Andern Nachts freventlich in sein Haus nachginge und ihn da wollte angreifen, oder ihm seine Thüren wollte freventlich aufbrechen, oder mit Steinen oder mit anderen Dingen freventlich hineinwürfe oder hineinstäche, oder jemand den Andern aus seinem Hause freventlich lüde, „ab dem soll man richten uff der weidhub" (der Richtplatz bei dem Flecken Schwyz) „alls um ein Nachtschach um der vorgenampten stucken jetlichs besunder, ob es zu schulden kumpt." —

Der Eingang der zweiten Satzung vom Jahr 1521, welche rubricirt ist „Wie man den Nachtschach büßen soll", zeigt, daß es damals schon nöthig gewesen ist, sich zu erkunden und zu erinnern, was der Nachtschach sei und wie er gebüßt werden müsse. Die Strafbestimmung lautet sodann, daß in beiden Fällen, wenn jemand an dem Andern einen Nachtschach beginge, ohne ihm einen Leibesschaden zuzufügen und wenn dem, an dem der Nachtschach begangen werde, von dem Thäter an seinem Leib Schaden, wie der wäre, zugefügt sei, der Thäter mit 50 Pfd zu büßen [1]) und auf immer das Land zu räumen habe; ferner, wenn bei der Begehung des Nachtschachs der Angegriffene vom Leben zum Tode gebracht würde, so solle man über den Thäter richten als über einen Mörder.

Nach der älteren Satzung des Landbuchs von Schwyz identificirt Blumer, Staats- und Rechtsgesch. der schweizer. Democratien, I. S. 414, Nachtschach und Verletzung des Hausrechts zur Nachtzeit und allerdings sind die dort aufgeführten frevelhaften Handlungen solche, wie sie sehr gewöhnlich als Verletzungen des Hausfriedens in den mittelalterlichen Rechtsquellen vorkommen. Jener Identificirung steht aber entgegen, daß der Nachtschach, wie im Richtebrief von Zürich, auch sonst von der Heimsuchung gesondert ist, s. die oben angeführte Offnung von Rorschach bei Grimm I, 233. 236, die Offnung von Romanshorn Art. 39. 42. 43. bei Schauberg II, S. 65. 66, das Urbar Art. 7 und 13 bei Schauberg I. S. 72. 73, vgl. II, 82. Offnung von Kyburg Art. 10. 11 bei Grimm I, 18. 19. Offnungen von Kilchberg, Rickenbach, Niederbüren, Tablatt bei Grimm I, 208. 214. 215. 221. 229. Augsb. Stadtr. S. 64. Wenn meine Deutung von Nachtschach = nächtlicher Angriff richtig ist, so macht diese Stelle des Landbuchs von Schwyz keine Schwierigkeit, denn die aneinander gereihten den Hausfrieden störenden nächtlichen Handlungen, die zwar je nach ihrer Besonderheit beurtheilt werden sollen, sind Angriffe auf die Hausbewohner. Der genannten Deutung steht überhaupt keine unter den mir bekannten Stellen, an denen der Nachtschach erwähnt ist, entgegen; es erhebt sich aber die Frage, ob nicht der Buchstabengehalt des Wortes oder der Silbe „Schach" Schwierigkeiten bereite.

1) In der Ausgabe von Kothing S. 29 steht zwar: „so büsset der tätter ouch nit fünfzig pfunden," allein unzweifelhaft soll es mit heißen.

Sehr gewöhnlich erklärt man Schach = Raub, also Nachtschach = nächtlicher Raub. Grimm R.A. 635 sagt: „Vom ahd. scâh (praeda) ist scâhhari (praedator) unser schächer; fries. scâcrâf." Schmeller, bayrisches Wörterb. III, 315, derselben Ansicht, gibt mehr Detail. Ziemann, mittelhochd. Wörterb. s. v. schâch, wirft Stellen, die sich auf das fragliche Schâch beziehen und auf das Schachspiel, bunt durcheinander.

Von den in den Rechtsquellen sich findenden Stellen, welche der Erklärung von Schâch durch Raub günstig sind, will ich einige der wichtigsten hervorheben:

Edictum Rotharis vom Jahr 643 (bei Walter I, 699): „facias scachum, furtum, homicidium, nec incendium, nec plagas."

Edictum Ottonis (967) §. 6: „De furto aut scacho, si ultra sex solidos fuerit" etc. (Pertz Mon. IV. p. 33).

Henrici regis Treuga (1230) §. 13: „Quicunque praedam quae reraup et predam quae sexanraup, et tertiam quod sach dicitur, commiserit" etc. (Pertz IV. p. 267).

Rudolfi I. const. (1281) §. 57: „Shahroup und strozroub sol deheinen oufschup haben" etc. (Pertz IV. p. 430).

Edictum Henrici VII (1311): „excepto de homicidio, raptu virginum, robaria, seu schacco" (Pertz IV. p. 518).

In dem interessanten Blutrecht von Bacharach (Grimm Wsth. II, 213) spricht der Fürsprech des Klägers: „Da er yme dede denselben mort, da schaichte er yme syns gudis 60 mark und mer. alda wart er yme fuorfluchtig; da was es yme nachfolginde uff des schaiches fuysse mit wofingeschrei, mit glockenklange, durch den düstern walt, als lange, bis yn die swartze nacht benam. — sehe er nu denselben man in unses herren gerichte, er wulde yn ansprechen umb den schaich und umb den mort. — leukent er es yme, er wulde es yn beherten mit syme lybe uff synen lyp — mit alle deme, daß man zum kampfe begeert daz ein Franke den andern sall durch reicht eyns schaichs und eyns mordes gychtig machen."

Wenn man nach diesen und andern Stellen mit Grund annimmt, Schach sei = Raub, so muß es doch befremden, daß das alte Recht zwei Namen für ein Verbrechen hatte und Schachraub wäre ein auffallenderer Pleonasmus als Diebstahl. Ferner müßte die ganze Auffassung und Behandlung des Nachtschachs im züricher Richtebrief, der doch einer recht alten Zeit angehört, ein großer

Irrthum genannt werden. Bei dieser Sachlage ist der Versuch einer neuen sprachlichen Erklärung, die sich mit den Quellenzeugnissen vereinigen läßt, gerechtfertigt.

Im Veda-Sanscrit existirt ein Verbum khag' = hin und her bewegen, schütteln. Von khag' ist khag'a = Schlacht abgeleitet. Wenn, wie oft, kh für sk steht, so entspricht das Verbum lautlich und begrifflich dem angels. scacan (altnord. skaka, engl. shake) und das althochd. scâh und schâch (lat. scachum) läßt sich wohl ohne Kühnheit damit in Verbindung setzen, und das Schütteln als Angriff nehmen. Da der Angriff auf eine Person sehr oft geschah, um sie zu berauben, so lag es sehr nah, im Gebrauche des Wortes über den ursprünglichen Buchstabensinn hinauszugehen und scâh und schâch als räuberischen Angriff zu nehmen. Das Compositum shahroup in der oben angeführten Constitution und das friesische scâcrâf ist bei dieser Erklärung gar kein Pleonasmus, da ja zum Begriffe „rauben" im germanischen und altdeutschen Strafrecht noch nicht nothwendig die persönliche Vergewaltigung und der Angriff auf die Person gehört. Auch die von Schmeller angeführten Composita „Mortschach" und „Schachbrand", welches letztere sich ohne Erklärung in den Mon. Boica XI, 49 findet, können ganz nach ihrem Silbengehalt aufgefaßt werden. Die in „Mortschach" zusammengefugten zwei Begriffe sind auseinander gelegt im züricher Richtebrief, wo es heißt: „von ansprechi nachtschaches umbe den mort." — Zur Stütze meiner Erklärung führe ich noch die in einem Capitulare Karoli II (Pertz III, 426) doppelt vorkommende Eidesformel an: „Ego ille adsalituram, illud malum quod scach vocant vel tesceiam non faciam — et quem scio qui nunc latro aut scachcator est — non celabo." Adsaltus, assultus, adsalitura, insultus ist in den lateinischen Quellen des Mittelalters sehr häufig, z. B. Pertz Mon. IV, 55: praedas et assultus.

Der Nachtschach, den wir nach den im Vorstehenden durchgemusterten Quellenzeugnissen als dem alamannischen Rechte angehörig bezeichnen dürfen, ist ein weiter Begriff, der vom Standpunkte der heutigen strafrechtlichen Theorie vollendete Verbrechen, aber vorzugsweise Versuchshandlungen in den verschiedenen Formen des Angriffs umfassen kann, allein unsere Theorie vom Verbrechensversuch ist dem alten deutschen Strafrecht durchaus fremd. Wir würden fragen, wenn bei einem rechtswidrigen Handeln die rechts-

widrige Absicht nicht erreicht wurde, welches die Absicht gewesen sei und darnach das Handeln als Versuch dieses oder jenes Verbrechens, z. B. des Raubes, des Mordes bezeichnen; im altdeutschen Strafrecht nahm man regelmäßig das geschehene Handeln als solches in seiner Beschaffenheit und seiner Wirkung und bestimmte darnach Strafe und Buße.

